

**Universidade de Brasília – UnB**  
**Faculdade de Direito**

JOÃO GABRIEL DE PAULA RESENDE

**INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA DA LEGITIMIDADE DA  
COMPETÊNCIA TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:  
UM ESTUDO DO PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO N.  
365/2022 SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO ESTADO  
ADMINISTRATIVO**

*Legislative interpretation of the legitimacy of the technical competence of regulatory agencies: a study of Draft Legislative Decree n. 365/2022 in the perspective of the theory of the Administrative State*

Brasília  
2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA DA LEGITIMIDADE DA  
COMPETÊNCIA TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:  
UM ESTUDO DO PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO N.  
365/2022 SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO ESTADO  
ADMINISTRATIVO**

Autor: João Gabriel de Paula Resende

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel no  
Programa de Graduação da Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília,

Brasília, 06 de dezembro de 2023.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO GABRIEL DE PAULA RESENDE

**Interpretação legislativa da legitimidade da competência técnica das agências reguladoras: um estudo do Projeto de Decreto Legislativo n. 365/2022 sob a perspectiva da teoria do Estado Administrativo**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 06 de dezembro de 2023.

## BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira  
(Orientador – Presidente)

---

Prof. Dra. Roberta Simões Nascimento  
(Membro)

---

Ms. Fernanda Ferreira Matos  
(Membro)

---

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa  
(Suplente)

## Agradecimentos

Agradeço ao professor Márcio Iorio por me orientar nessa empreitada com criticidade e generosidade. Em seu nome agradeço aos professores da Faculdade de Direito, que apostam no projeto de Darcy Ribeiro.

Agradeço também aos professores Roberta Simões e Henrique Araújo Costa e à Fernanda Matos por terem aceitado o convite de composição da Banca Examinadora. Me gratifica ter profissionais qualificados para avaliar meu trabalho.

Dedico este trabalho à minha família, em especial à minha mãe Manoelina e ao meu pai Ney Robson (*in memoriam*). Eu e meus queridos irmãos Pedro Paulo e Maria Tereza aprendemos educação, bondade e respeito em um núcleo familiar que apoia e sustenta cada membro.

Somam-se a eles, com todo carinho e amor, minhas avós Maria de Fátima e Terezinha Antônia (*in memoriam*), que aqui acompanham meus passos e são exemplos de dedicação. Em nome delas, estendo agradecimento a familiares, em especial aos tios Luís, Elma, Silvia (*in memoriam*), Silvanir, Zilmair e Evaldo.

Ao Daniel, meu namorado, obrigado por estar ao meu lado e me compreender. Aprendo cada dia a ser mais leve e autêntico contigo. Estamos juntos em acreditar sempre que ninguém pode nos dizer como amar.

Agradeço também aos meus amigos pelo apoio na felicidade e na angústia, em especial Ana Beatriz Santiago, Dálete Marques, Daniel Vianna, Gustavo Ribeiro, Maria Luiza Mesquita, Matheus Felipe e Millena Corrêa. Vocês são um presente em minha vida!

## FICHA CATALOGRÁFICA

Ri Resende, João Gabriel  
Interpretação legislativa da legitimidade da competência técnica das agências reguladoras: um estudo do Projeto de Decreto Legislativo n. 365/2022 sob a perspectiva da teoria do Estado Administrativo / João Gabriel Resende; orientador Márcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2023.  
92 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. agências reguladoras. 2. legitimidade burocrática. 3. Estado Administrativo. 4. controle político da escolha regulatória. 5. hipertrofia legislativa. I. Iorio Aranha, Márcio, orient. II. Título.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

RESENDE, João Gabriel de Paula. (2023). **Interpretação legislativa da legitimidade da competência técnica das agências reguladoras: um estudo do Projeto de Decreto Legislativo n. 365/2022 sob a perspectiva da teoria do Estado Administrativo.** Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 92 p.

# Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>CAPÍTULO 1. ESTABELECENDO ALGUMAS PREMISAS: ESTADO ADMINISTRATIVO E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS</b> .....	3
<b>1.1. Estado Administrativo: a teoria que conta sobre a legitimidade da administração pública</b> .....	4
<b>1.1.1. Waldo Dwight e o estado administrativo</b> .....	4
<b>1.1.2. Adrian Vermeule e a abdicação do direito à regulação</b> .....	15
<b>1.1.3. Posições contrárias ao Estado Administrativo</b> .....	25
<b>1.1.4. O Estado Administrativo em direção ao Brasil</b> .....	27
<b>1.2. A discussão brasileira sobre legitimidade da competência das agências reguladoras</b> .....	28
<b>1.2.1. Breve contextualização da criação das agências</b> .....	28
<b>1.2.2. O poder normativo das agências reguladoras</b> .....	30
<b>1.2.3. O controle político da produção regulatória</b> .....	34
<b>CAPÍTULO 2. UMA ANÁLISE DA TRAMITAÇÃO DO PDL N. 365/2022</b> .....	41
<b>2.1. A resolução impugnada e a competência da Aneel na regulamentação da política tarifária do setor elétrico</b> .....	43
<b>2.2. Tramitação na Câmara</b> .....	45
<b>2.2.1. Apresentação do projeto</b> .....	45
<b>2.2.2. Plenário da Câmara dos Deputados</b> .....	47
<b>2.3. Tramitação no Senado Federal</b> .....	51
<b>2.3.1. Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal</b> .....	52
<b>2.3.1.1. Audiência pública (05/07/2023)</b> .....	52
<b>2.3.1.2. Apresentação de parecer e votos em separado</b> .....	53
<b>2.3.1.3. Reunião deliberativa (26/09/2023)</b> .....	54
<b>2.3.1.4. Audiência pública (05/10/2023)</b> .....	54
<b>2.3.1.5. Reunião deliberativa (24/10/2023)</b> .....	54
<b>2.3.2. Próximos passos</b> .....	56
<b>CAPÍTULO 3. RESULTADOS: UMA MATRIZ DE VISÕES SOBRE A LEGITIMIDADE TÉCNICA</b> .....	56
<b>CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO: ENTRE A AVOCACÃO E A REVISÃO LIMITADA, A NECESSIDADE DE REPACTUAÇÃO REGULATÓRIA.</b> .....	64

## Resumo

A monografia tem por objetivo a análise do conceito de legitimidade da competência técnica das agências reguladoras a partir da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº. 365/2022, que propõe sustar as Resoluções Normativas nº 1.024/2022, que revoga as Resoluções Normativas nº 349/2009 e nº 559/2013, e nº 1.041/2022 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Os atos normativos regulamentam cálculos tarifários do setor elétrico, sendo esta última regulamentadora do cálculo do sinal locacional na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) aplicável às usinas centrais geradores de energia elétrica do Grupo Tarifário A2 – Agrupamento AT-2, com nível de tensão de 88 a 138 kV, em operações de fluxo de exportação de energia elétrica para a Rede Básica. Inicialmente, a fim de subsídio teórico, foram retomados conceitos e premissas relacionados à teoria do Estado Administrativo, precursora do arranjo regulatório agencial, e à discussão brasileira sobre criação das agências reguladoras, poder normativo dessas e o controle político da atividade regulatória. Posteriormente, ocorreu a análise dos discursos de parlamentares nas etapas processuais do PDL nº. 365/2022, a fim de examinar seus posicionamentos sobre a interpretação legislativa da competência técnica das agências reguladoras na execução de políticas públicas em relação aos indicadores de concordância ou discordância com (1) o arranjo regulatório institucional vigente, (2) a legitimidade jurídica de elaboração de normas de interesse geral por agências reguladoras e (3) o mérito sociopolítico das resoluções impugnadas e de (4) influência explícita do contexto de diálogo institucional entre Aneel e Congresso Nacional para o voto emitido. Uma matriz de visões sobre a legitimidade da competência normativa da Aneel foi equipada com os resultados encontrados. A discussão foi relevante para situar juridicamente a relação institucional entre Aneel e parlamento e extrapola seus limites, alcançando as principais repercussões para a competência normativa das agências reguladoras. Trata-se de um contexto de posicionamentos difusos que apontam para discordâncias (1) de juízo de inconveniência política e (2) do estado da arte do arranjo institucional regulatório vigente na esteira de uma tentativa de reposicionamento legislativo da alocação de autoridade administrativo-constitucional na formulação da política regulatória motivada pela hipertrofia legislativa registrada atualmente no balanço do poder brasileiro.

Palavras-chaves: agências reguladoras; legitimidade burocrática; Estado Administrativo; controle político da escolha regulatória; hipertrofia legislativa.

## **Abstract**

The purpose of this monograph is to analyze the concept of legitimacy of the technical competence of regulatory agencies based on the processing of Legislative Decree Bill n. 365/2022, which proposes to suspend Normative Resolutions n. 1.024/2022, which revokes Normative Resolutions n. 349/2009 and n. 559/2013, and n. 1.041/2022 of the National Electric Energy Agency (Aneel). These normative acts regulate tariff calculations in the electricity sector, the latter regulating the calculation of the locational signal in the Tariff for Use of the Transmission System (TUST) applicable to electricity generating plants in Tariff Group A2 - Grouping AT-2, with a voltage level of 88 to 138 kV, in electricity export flow operations to the Basic Grid. Initially, in order to provide theoretical support, concepts and premises related to the theory of the Administrative State, the precursor of the agency regulatory arrangement, and the Brazilian discussion on the creation of regulatory agencies, their normative power, and the political control of regulatory activity were seen. Subsequently, the speeches of parliamentarians in the procedural stages of PDL no. 365/2022 were analyzed in order to examine their positions on the legislative interpretation of the technical competence of regulatory agencies in the execution of public policies in relation to the indicators of agreement or disagreement with (1) the current institutional regulatory arrangement, (2) the legal legitimacy of the elaboration of rules of general interest by regulatory agencies and (3) the socio-political merit of the contested resolutions and (4) the explicit influence of the context of institutional dialog between Aneel and the National Congress on the vote cast. A matrix of views on the legitimacy of Aneel's normative competence were equipped with the results found. The discussion was relevant to legally situate the institutional relationship between Aneel and parliament and goes beyond its limits, reaching the main repercussions for the normative competence of regulatory agencies. This is a context of diffuse positions that point to disagreements about (1) the judgment of political inconvenience and (2) the state of the art of the current regulatory institutional arrangement in the wake of an attempt to legislatively reposition the allocation of administrative-constitutional authority in the formulation of regulatory policy motivated by the legislative hypertrophy currently registered in the Brazilian balance of power.

**Keywords:** regulatory agencies; bureaucratic legitimacy; Administrative State; political control of regulatory choice; legislative hypertrophy.





## Lista de Tabelas

Tabela 1	–	Perguntas orientadoras da metodologia .....	3
Tabela 2	–	Perguntas orientadoras da pesquisa .....	42
Tabela 3	–	Perguntas orientadoras da metodologia da pesquisa a partir da hipótese formulada .....	46
Tabela 4	–	Posicionamentos dos parlamentares no Plenário da Câmara...	48
Tabela 5	–	Perguntas orientadoras – Plenário da Câmara.....	51
Tabela 6	–	Posicionamentos dos parlamentares em audiência pública.....	52
Tabela 7	–	Posicionamentos dos parlamentares em reunião deliberativa..	55
Tabela 8	–	Perguntas orientadoras – Comissão de Infraestrutura.....	56

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

<i>ADIn</i>	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade</i>
<i>AIR</i>	<i>Análise de Impacto Regulatório</i>
<i>ANA</i>	<i>Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico</i>
<i>ANAC</i>	<i>Agência Nacional da Aviação Civil</i>
<i>ANATEL</i>	<i>Agência Nacional de Telecomunicações</i>
<i>ANCINE</i>	<i>Agência Nacional do Cinema</i>
<i>ANEEL</i>	<i>Agência Nacional de Energia Elétrica</i>
<i>ANM</i>	<i>Agência Nacional de Mineração</i>
<i>ANP</i>	<i>Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis</i>
<i>ANS</i>	<i>Agência Nacional de Saúde Suplementar</i>
<i>ANTAQ</i>	<i>Agência Nacional de Transportes Aquaviários</i>
<i>ANTT</i>	<i>Agência Nacional de Transportes Terrestres</i>
<i>ANVISA</i>	<i>Agência Nacional de Vigilância Sanitária</i>
<i>CI</i>	<i>Comissão de Serviços de Infraestrutura (Senado Federal)</i>
<i>CF</i>	<i>Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)</i>
<i>CCJ</i>	<i>Comissão de Constituição e Justiça (Senado Federal)</i>
<i>GD</i>	<i>Geração Distribuída (de energia elétrica)</i>
<i>kV</i>	<i>quilovolt (unidade de medida de tensão elétrica de um sistema)</i>
<i>MDB</i>	<i>Movimento Democrático Brasileiro</i>
<i>PDL</i>	<i>Projeto de Decreto Legislativo</i>
<i>PSD</i>	<i>Partido Social Democrático</i>
<i>PSOL</i>	<i>Partido Socialismo e Liberdade</i>
<i>REN</i>	<i>Resolução Normativa (de agência reguladora)</i>
<i>RICD</i>	<i>Regimento Interno da Câmara dos Deputados</i>
<i>RISF</i>	<i>Regimento Interno do Senado Federal</i>
<i>TUST</i>	<i>Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica</i>
<i>União</i>	<i>União Brasil (partido político)</i>

## INTRODUÇÃO

Discutir política sempre me interessou, sobretudo compreender a institucionalidade. Certa vez meu pai me recordou que, em 2012, aos meus 11 anos, perguntei a um então candidato a prefeito qual seria sua solução para o problema de um lixão instalado em minha cidade natal, Inhumas (Goiás), já que o Supremo Tribunal Federal (STF) havia proibido a continuidade desorganizada desses amontoados de resíduos nas cidades até 2010. Ele disse que todos olharam com surpresa para mim e desde então passou a perceber qual era meu riscado.

Anos depois, após a passagem pela atividade político-partidária e a aprovação na Faculdade de Direito da UnB, vivi oportunidades que me inseriram na área das Relações Institucionais e Governamentais (RIG), valiosa para setores da iniciativa privada que pretendem estabelecer um relacionamento bem reputado, honesto e de qualidade com agentes públicos. Minha vivência profissional com o acompanhamento da atividade parlamentar no Brasil se afinou para a atuação na área institucional do Grupo Energisa, onde compreendi ainda mais a sensibilidade político-jurídica de propostas legislativas para agentes regulados e as empreitadas legislativas existentes contra atos normativos elaborados por agências reguladoras.

Entre diversos projetos de decreto legislativo propostos e tramitados no Congresso, sobretudo na Câmara, um me chamou a atenção: o PDL 365/2022, objeto de estudo desta monografia. O projeto propõe sustar as Resoluções Normativas (REN) nº 1.024/2022, que revoga as Resoluções Normativas nº 349/2009 e nº 559/2013, e nº 1.041/2022, alteradoras dos Procedimentos de Regulação Tarifária (PRORET) aplicáveis às concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica, sendo a REN nº. 1.041/2022 regulamentadora do cálculo do sinal locacional na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) aplicável às usinas centrais geradores de energia elétrica do Grupo Tarifário A2 – Agrupamento AT-2, com nível de tensão de 88 a 138 kV, em operações de fluxo de exportação de energia elétrica para a Rede Básica. Grosso modo, o sinal locacional é um valor remunerado pelas transmissoras para transportar a energia pelo fio: quanto mais longe transporta-se a energia, mais caro o sinal custa; este tópico é tratado mais à frente.

Minha atenção na tramitação deste projeto volta-se à interpretação do poder normativo das agências reguladoras. Afinal, trata-se da proposta de sustação de resolução normativa de agência com maior avanço de tramitação atualmente no processo legislativo bicameral federal<sup>1</sup>. Como explicarei mais à frente, o PDL 365/2022 foi aprovado em regime de tramitação de urgência no Plenário da Câmara dos Deputados e também foi aprovado na Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado, encontrando-se atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, no aguardo de designação de relatoria.

A pretensão da monografia é enveredar em meio aos argumentos utilizados pelos deputados e senadores durante os processos de discussão e deliberação do projeto a fim de examinar a visão congressista sobre a legitimidade da competência normativa da Aneel. Ao fim, pretende-se localizar essa compreensão na perspectiva da teoria do Estado Administrativo, base teórica do exercício de funções sobrepostas pela burocracia regulatória nos EUA e em diversos ordenamentos jurídicos, como o Brasil.

---

<sup>1</sup> Não há atualmente no processo legislativo federal bicameral projeto de decreto legislativo que suste resolução de agência reguladora e esteja em tramitação na Casa revisora de deliberação. Em relação a PDLs aprovados que sustam resoluções de agências reguladoras, registra-se apenas a apresentação do PDL nº. 273/2014, que susta a Resolução ANVISA nº. 52/2011. Cf. JORDÃO *et al.*, 2019, p. 7.

A importância desse estudo é entender a dinâmica institucional sobre legitimidade normativa entre Congresso Nacional e Aneel, considerando a forte presença da regulamentação infralegal de setores regulados por agências reguladoras, como a Aneel realiza quanto aos segmentos de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Na esteira do controle político da produção regulatória, registra-se um considerável aumento do número de projetos de decreto legislativos apresentados que propõem sustar resoluções normativas de agências reguladoras desde 2015<sup>2</sup>. A Aneel encontra-se no rol das agências com maior número de impugnação de normas; até 2019, assumia a liderança com 39 PDLs centrados em seus atos normativos (24,68% do total)<sup>3</sup>. Desde 1º/01/2020 até a elaboração desta pesquisa (19/11/2023), registram-se outros 44 projetos que impugnaram resoluções<sup>4</sup>, totalizando 83 PDLs centrados à ANEEL, aumento de 112,82% em comparação aos números de 2019.

As razões da participação mais presente de parlamentares no processo de *accountability* da edição de atos normativos de agências são variadas e descritas na literatura, como serão mostradas mais à frente, e englobam desde a discordância da aplicação de determinados termos técnico-jurídicos pelas agências até a própria discordância com o arranjo institucional regulatório vigente no país, que observa a regulação infralegal como ilegítima para regular relações jurídicas fazendo uso de ferramental administrativo.

É possível destrinchar dessa perspectiva uma hipótese, a qual levarei ao longo do texto para observar sua pertinência: **observam-se ao longo do processo legislativo do PDL 365/2022 posicionamentos difusos que apontam para discordâncias (1) de juízo de inconveniência política e (2) do estado da arte do arranjo institucional regulatório vigente na esteira de uma tentativa de reposicionamento legislativo da alocação de autoridade administrativo-constitucional na formulação da política regulatória motivada pela hipertrofia legislativa registrada atualmente no balanço do poder brasileiro.**

No sentido de obter ferramental para descrição e análise dos posicionamentos parlamentares, buscou-se retomar premissas e conceitos relacionados à teoria do Estado Administrativo, precursora do arranjo regulatório agencial, escritos por Waldo Dwight e Adrian Vermeule. A teoria sustenta a concepção de legitimidade técnica do administrador para executar leis e consegue contribuir efetivamente para a construção de uma visão jurídica consistente para manusear a legitimidade técnica de órgãos burocratas executivos, justificativa da trajetória de criação e manutenção de agências reguladoras no Brasil. A partir da apresentação dos conceitos da teoria do estado administrativo, a pesquisa acompanhará uma revisão de literatura dos conceitos de poder normativo e atividade regulamentar de agências reguladoras, de controle jurídico da atividade regulatória em nosso país e de avocação política da escolha regulatória.

---

<sup>2</sup> JORDÃO *et al*, 2022, p. 7.

<sup>3</sup> JORDÃO *et al*, 2022, p. 7.

<sup>4</sup> Foi realizada uma pesquisa nos sites de proposições legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal com o uso de filtros de busca “PDL” em tipo de proposição e “Aneel” ou “energia” no teor da ementa da proposição. Foram encontrados 2 PDLs no Senado (116/2022 e 975/2021) e 42 na Câmara os PDLs 59/2023, 372/2022, 295/2022, 294/2022, 288/2022, 273/2022, 267/2022, 265/2022, 262/2022, 261/2022, 260/2023, 138/2022, 123/2022, 115/2022, 103/2022, 94/2022, 93/2022, 75/2022, 64/2022, 63/2022, 607/2021, 381/2021, 294/2021, 291/2021, 221/2021, 220/2021, 175/2021, 524/2020, 518/2020, 514/2020, 503/2020, 500/2020, 497/2020, 496/2020, 495/2020, 365/2020, 362/2020, 328/2020, 315/2020, 313/2020, 142/2020 e 16/2020.

Posteriormente, foi feita a análise dos discursos de parlamentares nas etapas processuais do PDL nº. 365/2022, a fim de examinar seus posicionamentos sobre a interpretação legislativa da competência técnica das agências reguladoras na execução de políticas públicas. A análise da aplicação prática desses conceitos político-institucionais na prática legislativa federal em um estudo de caso é relevante para situar juridicamente a relação institucional entre agência reguladora e parlamento na intersecção entre a extensão do poder normativo das agências reguladoras e o controle político-jurídico da produção regulatória.

Em relação aos posicionamentos dos parlamentares sobre a interpretação legislativa da competência técnica das agências reguladoras na execução de políticas públicas, serão observados os indicadores de concordância ou discordância com (1) o arranjo regulatório institucional vigente, (2) a legitimidade jurídica de elaboração de normas de interesse geral por agências reguladoras e (3) o mérito sociopolítico das resoluções impugnadas e de (4) influência explícita do contexto de diálogo institucional entre Aneel e Congresso Nacional para o voto emitido. O conceito de legitimidade técnica será tomado como esteio teórico a fim de explicitar relações entre formatação legal e realidade institucional no que se refere ao exercício do poder normativo das agências reguladoras, em específico a Aneel.

#### **Tabela 1 – Perguntas orientadoras da pesquisa**

- 
1. O parlamentar discorda ou concorda com o arranjo institucional vigente?
  2. O parlamentar discorda ou concorda com a legitimidade jurídica da Aneel para elaborar uma norma de interesse geral e aplicar intertemporalmente o comando legal de uso do sinal locacional para assegurar maiores encargos aos agentes que mais onerem o sistema de transmissão (art. 3º, XVIII, b, Lei 9.427/1996, inserido pelo art. 9º da Lei nº. 10.848/2004)? A resolução é uma norma primária com força de lei em sentido material?
  3. O parlamentar discorda ou concorda com a constatação de eventual conflito entre a legitimidade técnica da Aneel e sua vontade política nesse caso? Há alguma discordância do parlamentar com a decisão material da Aneel? O parlamentar acena para aspectos eleitorais regionais, setoriais ou socioambientais? Se sim, como os relaciona com a execução de política pública?
  4. O contexto de relacionamento institucional<sup>5</sup> entre Aneel e Congresso Nacional influencia a decisão do parlamentar?
- 

O último capítulo tem por objeto a construção de uma análise crítica da possibilidade de o Congresso Nacional controlar a produção normativa das agências reguladoras, buscando trazer um problema concreto da conjuntura regulatória brasileira para o debate acadêmico.

## **CAPÍTULO 1. ESTABELECENDO ALGUMAS PREMISAS: ESTADO ADMINISTRATIVO E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS**

Estudar a interpretação legislativa sobre a legitimidade da competência das agências reguladoras exige, antes, compreender a base teórica que possibilitou a conformação institucional regulatória de órgãos como as agências reguladoras, que exercem funções múltiplas com autonomia do Poder Executivo. Desse modo, este capítulo realizou uma

---

<sup>5</sup> A fim de esclarecer o que se trata o relacionamento institucional, grosso modo seria o contexto de relações entre instituições para a gestão de interesses compartilhados, a coordenação de implementação de políticas públicas e a resolução de questões de interesse público.

revisão de literatura sobre conceitos jurídicos importantes para firmar pressupostos teóricos que façam compreender a legitimidade das agências reguladoras. Na esteira da revisão de literatura, aborda-se a teoria do Estado Administrativo, que deu ensejo teórico a desdobramentos institucionais que constituíram o Estado Regulador nos EUA e foram implantados em diversos ordenamentos jurídicos como uma justificativa do exercício de funções sobrepostas pela burocracia.

## **1.1. Estado Administrativo: a teoria que conta sobre a legitimidade da administração pública**

Construto teórico iniciado nos Estados Unidos, o termo Estado Administrativo pode designar tanto as agências independentes, que desempenham funções discricionárias de edição de atos normativos, execução das normas e análise adjudicante de casos, junto com os servidores públicos que compõem esses órgãos, quanto para a conformação institucional de órgãos executivos com funções administrativas, regulatórias e controladoras<sup>6</sup>. O Estado Administrativo americano é composto por agências federais que editam atos regulatórios com força de lei e autoridade legitimada pela delegação legislativa<sup>7</sup>.

Foi idealizado para justificar um reposicionamento do Poder Executivo estadunidense após o *New Deal* e as políticas de reconstrução da gestão presidencial de Franklin Roosevelt. Nesse sentido, é uma teoria que justifica a legitimidade da competência da administração pública para desenvolver políticas com escopo elástico em comparação ao papel clássico do Executivo na separação oitocentista dos poderes. A razão de um Estado Administrativo nos EUA pode guardar morada também na necessidade de deslocar discussões regulatórias de um ambiente político de necessidade de difícil aprovação bipartidária de legislações<sup>8</sup>. De todo modo, o Estado Administrativo foi uma resposta institucional à crise socioeconômica de 1939 em meio a uma anterior falta de mecanismos político-jurídicos de atendimento às demandas sociais<sup>9</sup>. Formou-se um fluxo contínuo de decisões tomadas por funcionários burocratas para endereçar assuntos públicos baseado na justificada pela expertise burocrática, mesmo em falta de diretrizes legislativas<sup>10</sup>.

Inicialmente, é necessário adentrar às contribuições de um de seus precursores, Waldo Dwight, que escreveu em meados do século passado sobre o papel da burocracia na prática política e considerou que os burocratas tomam decisões valorativas, embora teóricas, que carregam a vontade dos políticos.

### **1.1.1. Waldo Dwight e o estado administrativo**

Ao se referir à criação do Estado Administrativo, Waldo Dwight (1948) estabelece premissas para seu surgimento a partir de transformações sociais, econômicas e políticas nos Estados Unidos, como a necessidade de direcionamento social pela administração pública e a insuficiência da liberdade individual ilimitada. Nessa esteira, o autor pontua por vezes situações e características também observadas em nosso sistema administrativo, como as

---

<sup>6</sup> MIGUEIS, 2022, p. 2.

<sup>7</sup> Nesse sentido DUDLEY, 2021, p. 33; STRAUSS, 2021, p. 19 demonstra que a competência de criação das agências reguladoras nos EUA é do Congresso por meio de edição de lei ordinária.

<sup>8</sup> DUDLEY, 2021, p. 34.

<sup>9</sup> SCHLAG, 2023, p. 70.

<sup>10</sup> REISENFELD, 2013.

dificuldades de sistematizar e fortalecer uma natureza de função administrativa pública autônoma de interesses privados e o avanço da especialização e profissionalização da administração pública<sup>11</sup>.

Na perspectiva de unir democracia e eficiência na administração pública, Dwight apresenta sua visão de que a separação essencial entre a política e a administração, respectivamente responsáveis por decidir e executar políticas, é a base de um sistema democrático e eficiente, tomando-se o cuidado de não excluir por completo mecanismos democráticos dos processos administrativos<sup>12</sup> e de retomar valores políticos e jurídicos na esfera burocrática<sup>13</sup>. Dwight ressaltou a necessidade de dar espaço ao papel da ciência no processo burocrático e enfrentar possíveis cooptações de crenças e dogmas por parte de administradores ao manusear preceitos e conceitos<sup>14</sup>.

Aliás, no que se refere à posição do chefe do Executivo, Dwight destaca a confusão teórica na literatura da administração pública em geral sobre qual posição esse deve adotar: um administrador profissional e técnico ou um administrador político<sup>15</sup>. Contudo, trata-se de variáveis que podem se mesclar e geram, em verdade, mais confusão do que esclarecimento; um político eleito a um cargo majoritário pode ser técnico, e um burocrata pode saber transitar no meio institucional<sup>16</sup>.

O processo de retirada da moralidade da discussão sobre ciência política e estado e de foco em instituições e pessoal qualificado são percebidos pelo autor como alguns dos fatores que levaram o estudo da administração pública em direção ao realismo, bem como a tendência de observar o campo governamental como um cenário de conflitantes grupos de pressão<sup>17</sup>. Outros marcadores da entrada do realismo na área governamental foram a crença de que a política não deve perturbar a administração por ser uma reduzida forma de atividade e a secularização da administração na empreitada de reforma de equipe, passando a considerar o aspecto de melhoria da qualidade da administração e apostando menos em um esforço humano de alto padrão moral<sup>18</sup>. As transformações sociais e econômicas estadunidenses levaram à compreensão de que honestidade e moralidade não seriam suficientes para os cargos, mas sim treinamento e capacitação<sup>19</sup>. Tratava-se de uma era de culto à ciência e à expertise continuado pela fase de especialização da administração pública na Era Progressiva.

Houve o surgimento gradual de uma tradição e uma filosofia de serviço público, intrínseca ao Estado Administrativo<sup>20</sup>, operado por uma sequência de movimentos de pesquisa voltados à adoção de protótipos administrativos para os serviços públicos, à formação eficiente dos cidadãos e à reorganização de governos subnacionais e nacional também pela perspectiva filosófica de equilíbrio entre as crenças de natureza social harmônica manifestada em instituições nacionais e harmonia socialmente criada e controlada<sup>21</sup>.

---

<sup>11</sup> DWIGHT, 1948, p. 8. No que se refere à especialização, surgem problemas de integração entre a produção administrativa e a sociedade, exigindo alguma via que ofereça essa solução institucional – o autor aponta à necessidade de um integrador e administrador generalista.

<sup>12</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 14.

<sup>13</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 18.

<sup>14</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>15</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 38.

<sup>16</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 38.

<sup>17</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 24.

<sup>18</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 28.

<sup>19</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 29.

<sup>20</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 31.

<sup>21</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 36.



Nesse sentido, Dwight percebe que os movimentos de gestão científica e administração pública mesclaram-se na tendência de estabelecer uma base científica nas relações e produções políticas, em um aspecto positivista, com retirada da metafísica e inserção da medição<sup>22</sup>. Trata-se de uma perspectiva que guarda semelhança com a teoria taylorista de produção científica, mas que foi afetada pela opinião pública e pelos propósitos democráticos e morais, como uma filosofia de vida<sup>23</sup>. Para Dwight, a teoria taylorista se posiciona além da dicotomia entre aceitação passiva da realidade e questionamento revolucionário do *status quo*, abrindo frente para uma gestão positivista, científica e objetiva das relações interpessoais em meio a um contexto de solidariedade social e abstenção do conflito de classes<sup>24</sup>.

A influência da gestão científica na administração pública foi considerável; para Dwight, tratava-se da *business and technical Internationale*<sup>25</sup>. As teorias desenvolvidas pelo movimento da gestão científica influenciariam o desenvolvimento da administração pública, embora o processo estivesse pouco estudado à época, mas que pode ser esclarecido pelos processos de *advocacy* por estudantes administrativas e gestores<sup>26</sup> e levou à adoção de técnicas de gestão científica em alguns órgãos da administração pública<sup>27</sup>.

Como um capitalista que propôs regras de divisão do trabalho em sua fábrica, Taylor enxergou solidariedade e buscou eficiência na ocasião de substituição de regras momentâneas por fixas, com método científico. Porém, a aplicação da gestão científica localizava-se influenciada em um pano de fundo de acúmulo de séculos de Cristianismo, reformismo dos séculos XVIII e XIX e crença em preceitos democráticos e no *rule of law*<sup>28</sup>. A divisão de que a política formula julgamentos e pode aplicar limitadamente métodos de investigação científica<sup>29</sup> é inconsistente, ao ver de Dwight, porque estabelecer a compreensão de que um lado é limitado e outro é ilimitado trata-se de um exemplo de confusões entre ciência e valor que aguardam sínteses filosóficas<sup>30</sup>.

Dwight elaborou, portanto, sobre os problemas de filosofia política do tema: (1) da natureza de uma boa vida, (2) do critério de ação ou de bases de decisão, (3) de quem deveria comandar, (4) da separação de poderes e (5) da centralização versus descentralização.

Inicialmente, Dwight discute o conceito de uma boa vida na perspectiva política e filosófica, passando pela nação forte e saudável de Maquiavel, pelo fim de amarras sociais e chegada a uma outra sociedade de Marx e pelo governo dos cientistas pelos burocratas, que poderia ser democrático e haveria liberdade em sentido material. Na visão da teoria da administração pública<sup>31</sup>, uma boa sociedade conterà controle do meio ambiente para desejos do homem, planejamento de políticas governamentais, preocupação com o interesse público, estruturação da burocracia para alcançar liberdade e bem-estar à sociedade, reconciliação entre governo e empresas, foco no indivíduo, perspectiva materialista na condução de

---

<sup>22</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 47-48.

<sup>23</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 49

<sup>24</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 50.

<sup>25</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 53. O autor faz uma metáfora com a Internacional Socialista.

<sup>26</sup> Dwight estabeleceu também noções como o gestor atuaria observando objetivamente e elaborando análise crítica, a barreira em que o novo método científico seria aplicado ou não, a diferença entre o gestor, que organiza os procedimentos por meio dos quais o esforço coletivo é realizado, e o administrador, que decide as políticas gerais de governo sob as quais o gerenciamento é realizado (DWIGHT, *op. cit.*, p. 56).

<sup>27</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 55.

<sup>28</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 52.

<sup>29</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 56-57.

<sup>30</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 57.

<sup>31</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 66-73.

políticas públicas, como a necessidade de garantia de uma quantidade razoável de bens e serviços à disposição da população, paz, equidade na distribuição material de conquistas e urbanização. E em uma forma democrática de governo, substantivamente com os ideais descritos, e procedimentalmente pela administração.

Porém, para Dwight, instituições tradicionais podem impedir a democracia ao invés de garanti-la caso falte ferramenta moderna de gestão que garanta eficácia e eficiência<sup>32</sup>. Sem resultados, a democracia nada significa e deixa de ser prioridade para a sociedade<sup>33</sup>. A democracia exige um padrão mínimo adequado de qualidade de vida para se fazer disseminada culturalmente, o qual precisa vir por pesquisa, planejamento e produção em um esforço nacional<sup>34</sup>. Nesse sentido de organização e produção, uma democracia organizada na fórmula administração-política necessita da existência de um eleitorado ou um corpo político fora da administração com poder para determinar a vontade dos eleitores e aplicá-lo.

Mas apenas a fase de decisão traria o caráter democrático. Houve quem defendesse a autocracia na operação das políticas é um preço inescapável para a democracia após o expediente democrático<sup>35</sup>. Trata-se de uma visão ortodoxa que, como Dwight cita Millspaugh, separa erroneamente administração e política e ignora o fator fundamental da democracia para todos os aspectos governamentais<sup>36</sup>. Para Millspaugh, a administração deve ser um agente não apenas sujeito ao governo, mas ativamente engajado na implementação, no suporte e na realização da democracia<sup>37</sup>. É possível compreender que, para o alcance de um padrão mínimo de qualidade material de vida, Dwight entende que a burocracia é parte importante na cooperação em torno desse preceito.

O segundo aspecto tratado, o critério de ação, diz respeito aos aspectos considerados fundamentais e prioritários para a administração e a realização do processo de decisão e ação. Para Dwight, o fundamento decisório de uma filosofia política coerente articula os critérios de qualidade material de vida e quem deve decidir e governar (população, burocracia ou política). Nessa interação, a consistência das decisões é garantida pelo pragmatismo<sup>38</sup>.

A partir dessa verificação, o autor inicia uma comparação entre utilitarismo, realismo jurídico e administrativismo, correntes de pensamento que, ao seu ver, guardam semelhanças quanto aos objetivos traçados e tratam, respectivamente, do Legislativo, do Judiciário e do Executivo<sup>39</sup>. Utilitaristas e realistas seguem o critério de utilidade para o maior número de pessoas guia a ação pública<sup>40</sup>. O administrativismo acompanha a tendência de maximizar o prazer e reduzir a dor, do positivismo e da mensuração da tomada de decisão. Já o realismo é uma crença na formulação de respostas aos problemas sociais a partir da observação científica dos fatos. Para Dwight, há um paradoxo na posição positivista comum de aplicar objetivismo científico, de um lado, e zelo humanitário, de outro; isso se deve ao fato de que a ciência não tem propósito valorativo nem imperativo moral<sup>41</sup>.

Dwight pontua que a resposta para o que deve ser feito em um processo regulatório parte, em vez da ciência somente, de uma compreensão da interrelação entre (1) os fatores

---

<sup>32</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 74.

<sup>33</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 74.

<sup>34</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 74.

<sup>35</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 75.

<sup>36</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 75.

<sup>37</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 75.

<sup>38</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 77.

<sup>39</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 77.

<sup>40</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 78.

<sup>41</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 82.

condicionantes do contexto institucional da regulação, (2) as partes interessadas e (3) os instrumentos políticos atuais que formam o padrão de controle operativo<sup>42</sup>. Não há uma base filosófica, ética ou técnica para as decisões políticas, mas uma análise de um paralelogramo de forças operacionais. Uma análise sobre a ética de uma instituição ter mais força para decidir ou não somente é válida, para Dwight, se sua força for diferente em termos qualitativos; do contrário, mantém-se o cenário institucional de disputa entre grupos de interesse<sup>43</sup>. Para Dwight, a base de decisão é o pragmatismo, contrário a métodos *a priori* de pensamento e que testa cada ideia a partir da produção empírica de efeitos em vez de seguir uma perspectiva a todo momento sem experimentação<sup>44</sup>. Nesse sentido, o autor defende a formulação de critérios objetivos, com base em princípios e regras como necessidade, habilidade, amplitude do benefício e atendimento ao interesse público, que possam orientar a alocação de recursos<sup>45</sup>. Essa análise é feita porque, a seu ver, há uma fuga ao se discutir sobre valores e efeitos das decisões e apenas uma análise da justaposição dos fatos<sup>46</sup>.

Continuando na discussão sobre os fundamentos decisórios da administração pública, Dwight adentra no funcionalismo, talvez um dos pontos mais importantes da análise de seu texto para esta monografia. Trata-se da discussão sobre quem deve decidir uma política pública: o expert ou o político. Os estudiosos da administração pública clamam pela necessidade de reconhecer uma classe governante em razão da complexificação da sociedade<sup>47</sup>. Registram-se defesas aos experts como a necessidade de se preservar a democracia e de afastar a política de certas decisões<sup>48</sup>. Uma burocracia treinada pode balancear a defesa do interesse público em meio às contraposições de interesses. Dwight defende uma burocracia refortalecida e revista, comandada e reforçada pelo Presidente, com novas ou revisadas instituições para representação de interesses, planejamento e coordenação geral. A seu ver, esse novo arranjo garantiria estabilidade, liberdade, igualdade e representação<sup>49</sup>.

O autor avança formulando como os poderes atuariam: o legislativo cuidaria dos programas, e a burocracia formularia as alternativas e decidiria sobre a implementação de políticas nesse sentido. Dwight pontua que a literatura sobre o assunto observa que essa burocracia orientada a formular políticas deve ser generalista e capacitada para a liderança democrática<sup>50</sup>. Porém, na teoria da classe burocrática, não há evidência que aponte para a justificativa de conferência de poder aos burocratas nem razão para que suas posições permaneçam em caso de conflito (com outras compreensões)<sup>51</sup>. Falta mais atenção ao fato de que burocracias não surgiram para "moldar a estrutura de nossa cultura" ou "reconstruir o padrão de nossas vidas", mas para atender a objetivos administrativos dos grupos dirigentes<sup>52</sup>. Parte da literatura de administração pública que critica a falta de resposta sobre as razões de uma burocracia reserva, ainda, críticas à generalização de especialização e defende a formação de agências especializadas em temas específicos<sup>53</sup>.

---

<sup>42</sup> FAINSOD, 1940, p. 297-323 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 82.

<sup>43</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 82.

<sup>44</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 83-85.

<sup>45</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 87.

<sup>46</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 88.

<sup>47</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 90.

<sup>48</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 91.

<sup>49</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 94.

<sup>50</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 95.

<sup>51</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 100.

<sup>52</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 101.

<sup>53</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 102.

Outro ponto relevante na esteira dos problemas da filosofia política sobre o direito administrativo é a separação de poderes<sup>54</sup>. A questão tem mais atenção dos estudiosos administrativos do que entre a teoria política, para Dwight, porque é um princípio dado na história política, ao menos americana, desde o século XIX. Porém, a expansão das atividades governamentais, como a criação de *independent establishments*<sup>55</sup> a nível federal, deu pertinência a uma rediscussão da teoria, que apresenta inúmeras produções historicamente, mas encontrava-se descalibrada naquele momento político e institucional americano<sup>56</sup>. Além do desbalanceamento, surgiram críticas motivadas pela descrença na política, no judiciário e no governo e pela crença no modelo empresarial. Defendia-se uma reforma para distinção de "decisão" e "execução" a fim de confinar cada um em seu domínio apropriado<sup>57</sup>.

Essa diferenciação foi executada nos escritos sobre administração, sobretudo pela separação entre a vontade do Estado e a execução da vontade por F. J. Goodnow<sup>58</sup>. Para o autor, a divisão funcional de competências entre autoridades separadas divide o poder governamental e geralmente o faz sem clareza na distribuição e diferencia em espiral funções menores e secundárias. Nesse processo, a política atua em segundo plano, como uma supervisora da harmonia entre a lei e sua execução<sup>59</sup>. A falta de harmonia gera paralisia porque uma regra de conduta não é nada sem execução, e a política buscará ter controle da administração em razão da necessidade política atual<sup>60</sup>. Esse controle é encontrado inclusive dentro do próprio sistema governamental porque, para o autor, sem ele é impossível haver um governo ordenado e que avance nas pautas, mas sem excesso para não perder a razão de ser<sup>61</sup>. O ajuste do controle necessário da administração pela política englobaria, para Goodnow, o reconhecimento de um nível de independência da administração assim como as autoridades judiciais e a cultivação de uma opinião pública sólida em torno dessa noção<sup>62</sup>. O controle da administração varia com o tipo também de especificidade: enquanto a parte executiva é necessariamente subordinada, as funções estatísticas, *quasi-judicial*s e semi-científicas devem apresentar um controle muito arrefecido, porque são desconectadas da política e pouco ou quase nada afetadas com a expressão da vontade do Estado para o autor<sup>63</sup>. Goodnow defende a independência operacional e a garantia de estabilidade<sup>64</sup>.

Dwight direcionou críticas às percepções de Goodnow no que se refere (1) à existência de órgãos afastados da política justamente em um cenário de difícil separação de funções, (2) ao antilegalismo de um esquema duplo de poderes, que superdimensiona a atuação de advogados e juízes e (3) as contradições sobre partidos políticos serem, ao mesmo tempo, bons para controlar a administração se for popular e ruins porque disturbem a administração com a política<sup>65</sup>. Ainda, há objeções à interpretação organicista do Estado, que apresenta

---

<sup>54</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 104.

<sup>55</sup> Previsto no §104 do *US Code*, trata-se (1) de um órgão do Poder Executivo que não se trata de departamento executivo, militar, corporativo ou próprio de um órgão independente ou (2) o *Government Accountability Office*, uma espécie de *watchdog* para o Congresso.

<sup>56</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 104-105.

<sup>57</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 105.

<sup>58</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 106.

<sup>59</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 108.

<sup>60</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 108.

<sup>61</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 108.

<sup>62</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 109.

<sup>63</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 109.

<sup>64</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 109.

<sup>65</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 110.

vontade como uma entidade unificada e divide-se em decisão e execução, datada do século XIX<sup>66</sup>.

Outro autor trazido por Dwight é W. F. Willoughby, que não concorda com a divisão tripartite de poder, mas em cinco: executivo, legislativo, judiciário, administrativo e eleitoral. A divisão do Executivo em dois poderes (executivo e administrativo) deriva de duas importantes distinções na administração de qualquer serviço: a função de dirigir, supervisionar e controlar e a função de executar. Para o autor, a Constituição americana falhou em desconsiderar essa divisão da função executiva em dois poderes, e isso acarretou variadas disputas entre legislativo e executivo para exercer poder na administração das leis<sup>67</sup>. Para o autor, o presidente é um chefe executivo e um administrador no comando, mas a autoridade de organizar a administração em razão da edição das leis é do Legislativo, e o Executivo apenas serve nessa condição em matéria de política pública<sup>68</sup>. Continuando, por fim, Willoughby defende uma reforma constitucional para especificar as funções do Poder Legislativo para (1) legislar propriamente dito e (2) atuar como um conselho de administração. Dwight critica falta de consistência na suposição de divisão da função administrativa entre Executivo e Legislativo e aponta que tanto Goodnow quanto Willoughby preocupam-se com a dicotomia entre política e administração e reconhecem a divisão entre funções executiva e administrativa<sup>69</sup>.

Dwight continua apresentando as recentes interpretações de seu tempo sobre política e administração atestando que a maioria da literatura reconhecia a diferença entre decisão e execução, sendo este último passo espaço da expertise do qual a política pode e deve ser excluída, a seu ver. O autor aponta que muitos autores defendem a criação de um Poder Administrativo e um efetivo apequenamento do âmbito de competência do Presidente<sup>70</sup>, enquanto outros autores, como J. M. Landis, perceberam que administração e processo administrativo são características das atividades de comissões e agências regulatórias e não dos aspectos amplos de execução de política pública, ainda que apontassem para a existência de um Poder Administrativo<sup>71</sup>. Portanto, há uma concordância em torno do processo administrativo como uma ampliação das funções do governo sem aumentar poderes do Executivo que acarreta o equilíbrio da separação de poderes<sup>72</sup>.

Dwight avança na capitulação da literatura e registra o crescimento do pensamento heterodoxo na área, que advoga contrariamente à rígida separação entre política e administração dos teóricos anteriores. Ambas as áreas não precisam mais serem distanciadas. Nessa seara, há defesas (i) da impossibilidade de demarcação clara de funções de governo<sup>73</sup>, embora existam fases de aplicação da política pública; (ii) da unidade em operação do governo<sup>74</sup>; e (iii) da inconsistência fática e de objetivo com a divisão de tarefas entre um gestor político e um gestor administrativo como caixas exclusivas, mas aspectos próximos de um mesmo processo<sup>75</sup>. Uma percepção brilhante de K. C. Cole expõe que a administração governamental de um Estado de Direito deve estar em compasso à engrenagem

---

<sup>66</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 111.

<sup>67</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 112.

<sup>68</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 113.

<sup>69</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 114.

<sup>70</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 117-120.

<sup>71</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 120.

<sup>72</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 121.

<sup>73</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 121.

<sup>74</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 121.

<sup>75</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 122.

constitucional; logo, é inapropriado considerar que uma administração boa ou eficiente seja assunto externo à política<sup>76</sup>. Outras percepções interessantes apontam para a falta de exame de cumprimento de objetivos políticos por mecanismos administrativos<sup>77</sup>, o risco de comprometer a capacidade de raciocínio linear<sup>78</sup> e a dependência e o entrelaçamento da administração pública com as instituições políticas, as tradições e os ideais nacionais<sup>79</sup>. A literatura contemporânea de Dwight, a seu ver, apresentava a superação dessa visão separada entre política e administração<sup>80</sup>, um pensamento cristalizado.

Para o autor, há apontamentos em direção a uma nova teoria da interação entre política e administração. Nesse sentido, Dwight retoma escritos de Luther Gulick, que defende a existência de uma falsa dicotomia entre ambos os campos porque a discricionariedade é um elemento essencial na determinação de políticas públicas e está presente sem diferenciação de natureza, propósito e característica na política e na administração<sup>81</sup>. O grau de discricionariedade varia com base no contexto, na existência de regras definidoras e nos valores e interesses dominantes e reduz em ritmo maior do que progressão aritmética a cada subdivisão sucessiva da administração<sup>82</sup>. Para Gulick, a separação entre política e administração justifica-se não pela alegada violação do princípio de governo, mas pelos ganhos de resultados advindos da divisão e especialização de trabalho entre mandatários legislativos e executivos e funcionários permanentes<sup>83</sup>. Trata-se de uma teoria adequada aos tempos enfrentados no momento – Gulick analisou política e administração na aplicação do *New Deal* – e preocupada não com freios e contrapesos ou divisão entre política e administração, mas com a divisão entre a elaboração de políticas, de um lado, e o planejamento e a execução de políticas, de outro<sup>84</sup>.

Esse processo envolve mudanças institucionais de governança e elenca as funções de elaborar o plano principal e uma competência ampla na execução ao Executivo e de trabalhar interrelações e resolver detalhes às agências reguladoras. O Legislativo terá o direito de vetar os planos principais elaborados e exercer o direito de auditar e investigar. A sociedade civil exercerá controle social por meio de partidos políticos e grupos de pressão. Porém, como trata Dwight, Gulick apenas traz a moldura dessa nova teoria, sem avançar nos detalhes<sup>85</sup>.

De todo modo, o teórico estimulou outras produções, como o refinamento da nova teoria de interrelação de poderes elaborado por G. H. Durham<sup>86</sup>. Ele reafirma a ultrapassagem das teorias anteriores que consideraram separar política e administração, mas afirmou que determinados aspectos podem ser retirados, em uma ideia de política administrativa<sup>87</sup>. Durham aponta que "enquanto antes tínhamos uma administração feita por candidatos a cargos em campanha e seus aliados, hoje temos formulação de políticas por administradores e a formação de uma nova política americana"<sup>88</sup>. É necessária uma integração entre partidos e administradores na formulação de políticas públicas, que pode potencializar a unificação de

---

<sup>76</sup> COLE, 1943, p. 375- 377 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 122.

<sup>77</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 122.

<sup>78</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 122.

<sup>79</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 122.

<sup>80</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 122.

<sup>81</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 123.

<sup>82</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 123-124.

<sup>83</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 124.

<sup>84</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 124.

<sup>85</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 125.

<sup>86</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 125.

<sup>87</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 125.

<sup>88</sup> DURHAM, 1940, p. 2 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 125. Tradução livre.

partidos e da política devido à influência do governo federal e às relações cada vez maiores dos administradores em todos os níveis<sup>89</sup>. Dwight pontua que trata-se de um reconhecimento claro por Durham da potencialidade dos novos administradores, especialistas generalistas cujas capacidades podem agregar também na formulação de políticas públicas e que podem e devem aceitar seu destino como a classe dirigente democrática<sup>90</sup>. Nessa interrelação, é importante haver clara consideração dos poderes e das interrelações de governo e da função de administração, que é expertise da classe dirigente e não envolve nem a elaboração de decisões amplas nem a execução de rotinas operacionais.

Continuando no diálogo com Dwight, ele traz a apresentação de V. O. Key sobre a crescente intervenção estatal na vida econômica e a necessidade de construir uma estrutura burocrática extensa, altamente competente e bem integrada para executar uma intervenção de sucesso<sup>91</sup>. Nesse sentido, é possível haver, para Key, o crescimento de formulação de políticas pelos administradores, desde que haja controle geral e final do legislativo<sup>92</sup>. É mais um estudioso do tema que defende a necessidade de formulação de políticas integradas para evitar desperdícios de esforços em posteriores embates; para isso, é necessário fortalecer a Presidência para exercer a função de colocar todos à mesa, conter as forças centrífugas na hierarquia administrativa e liderar os esforços do serviço público, tanto no início da política quanto na operação<sup>93</sup>.

Além das interrelações com legislativo e executivo, as agências reguladoras podem, ainda, sondar e se interligar com a opinião pública para assegurar apoio da maioria aos seus programas<sup>94</sup>. A interligação entre agências e consumidores é um meio para tornar as decisões responsáveis e controladas externamente pela sociedade civil, que pode conferir prestígio às decisões<sup>95</sup>.

Dwight conclui, primeiramente, que a divisão do governo entre política e administração é inadequada porque o processo de governança é uma rede contínua de discricionariedade e ação. Outro ponto é a necessidade de uma filosofia de poderes e funções de governo mais adequada, que observe a transição do sistema federal americano de um federalismo competitivo para um federalismo cooperativo, e aplique essa noção para a separação de poderes. Assim como é rígida a ideia de nação e estados seguindo seus caminhos separados, também o é para política e administração.

No capítulo seguinte, Dwight trata do embate entre centralização e descentralização que caracterizou os debates modernos da teoria pública. Na esteira do debate, é trazida a contribuição de J. M. Mathews para aumento do poder de nomeação do chefe do Executivo entre os administradores de escalões mais altos (incluindo a eliminação da concordância do Senado e a adoção de mandatos indefinidos), autoridade ao governador para redistribuir funções, um sistema adequado de serviço civil com base no mérito e possibilidade de providências para precaução contra qualquer abuso de poder, com *recall* feito pelo governador<sup>96</sup>. Adiante, é demonstrado que a dificuldade do assunto reside na necessidade de síntese da herança política e dos fatos econômicos e científicos<sup>97</sup>, e que mais vale estabelecer

---

<sup>89</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 126.

<sup>90</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 126.

<sup>91</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 126.

<sup>92</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 127.

<sup>93</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 127.

<sup>94</sup> WHITE, 1942, p. 213 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 127.

<sup>95</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 127.

<sup>96</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 137.

<sup>97</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 148.

padrões e procedimentos apropriados de organização do que debater se centralizar ou descentralizar é a saída<sup>98</sup>.

Dwight elaborou uma articulação entre os problemas da filosofia política para a elaboração de sua visão crítica sobre o Estado Administrativo. No que se refere a princípios, teoria da organização e método científico, o autor entende que há um constitucionalismo metafísico (*cosmic constitutionalism*) no pensamento jurídico americano, formado pela confluência, fusão e confusão das ideias de necessidades moral e física<sup>99</sup>. Inicialmente, a crença do mundo governado pelo direito do período medieval foi constituída na modernidade com uma fusão entre direito e princípio<sup>100</sup>, elementos de difícil distinção ao envolverem as dimensões moral, que dita padrões desejáveis de comportamento obrigatório, e física, que descrevem os casos e apenas são leis caso coincidam ou descrevam a realidade<sup>101</sup>.

Dwight descreve a difundida crença no direito nos Estados Unidos e a presença de uma ordem moral assentada nos princípios da verdade e justiça. Trata-se da noção de que os princípios bebem da água do constitucionalismo metafísico, composto pelo imperativo da lei superior, que deriva dos poderes correntes, já derivou de Deus e hoje deriva em maior parte da ciência. Por consequência, os princípios da administração pública também derivam de preceitos científicos, que foram e têm sido introduzidos pelos processos reformistas<sup>102</sup>. No caso da integração dos princípios próprios da ciência na administração pública em vez de apenas utilizar empirismo, esta foi uma decisão tomada ao longo do processo reformista, como alegou Woodrow Wilson, para colocar os métodos da administração em alicerces de princípios estáveis e retirá-los da confusão e do custo do experimento empírico<sup>103</sup>.

A administração consiste, portanto, em uma ciência que precisa ser inquirida com espírito científico, compreendida por princípios fundamentais e estabelecida quando estudada de maneira científica<sup>104</sup>. Dwight envereda no debate sobre princípios e administração e chega em Stene, que estabeleceu o princípio da coordenação: “o grau em que uma determinada organização se aproxima da realização plena de seus objetivos tende a variar diretamente com a coordenação dos esforços individuais dentro dessa organização”<sup>105</sup>.

Não há fato divorciado dos conceitos e da teoria; a descrição de um fato empreende conceitos teóricos na realidade<sup>106</sup>. A administração é geralmente banhada por questões de valor, embora algumas matérias sejam suscetíveis de tratamento pelas ciências naturais<sup>107</sup>. É impossível especificar teoricamente a dinâmica da administração, assim como na economia, porque não é possível atender ao requisito básico de uma teoria sobre comportamentos que envolve especificá-los em determinado tempo e sobre todas as propriedades<sup>108</sup>. É necessário abraçar a normatividade da administração pública e a possibilidade de, com a formulação de observações de um fato em um determinado momento, estabelecer deduções cientificamente testáveis, que precisam observar, também, questões e motivações culturais<sup>109</sup> e senso comum

---

<sup>98</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 154.

<sup>99</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 159.

<sup>100</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 159.

<sup>101</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 160.

<sup>102</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 161.

<sup>103</sup> WILSON, 1887, p. 210 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 162.

<sup>104</sup> WILSON, Woodrow. *op. cit.*, p. 197-222 e p. 210 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 164.

<sup>105</sup> STENE, 1940, p. 1128 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 172. Tradução livre.

<sup>106</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 179.

<sup>107</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 182.

<sup>108</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 184-185.

<sup>109</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 189.



afiado e colocado pela perspectiva científica<sup>110</sup>. Além da moralidade, é necessário que a democracia esteja apta a cumprir suas promessas, sem desperdiçar recursos. Não há eficiência verdadeira sem eficiência social da governança quanto aos padrões mínimos de qualidade de vida<sup>111</sup>. Em todo o caso, se o abandono da fórmula política-administração for levado a sério, se as exigências da atual civilização mundial em relação à administração pública forem satisfeitas, o pensamento administrativo tem de estabelecer uma relação de trabalho com todas as grandes províncias do domínio da aprendizagem humana.

Retomo as ideias de Waldo Dwight percebidas como importantes para a discussão:

1. O Estado Administrativo elastece a competência da administração pública em comparação à compreensão clássica de separação de poderes;
2. A separação entre política e administração é a base de um sistema democrático e eficiente;
3. As agências foram criadas para atender transformações sociais, econômicas e políticas nos Estados Unidos, como a necessidade de direcionamento social pela administração pública e a insuficiência da liberdade individual ilimitada;
4. É necessário haver mecanismos democráticos dos processos administrativos e valores políticos e jurídicos na esfera burocrática;
5. A gestão científica é influenciada por acúmulos valorativos;
6. A política não necessariamente aplica limitadamente métodos de investigação científica, mas pode impedir a democracia ao invés de garanti-la caso não tenha ferramental moderno de gestão que garanta eficácia e eficiência às suas políticas;
7. A democracia exige um padrão mínimo adequado de qualidade de vida para se fazer disseminada culturalmente, o qual precisa vir por pesquisa, planejamento e produção em um esforço nacional;
8. A administração deve ser um agente não apenas sujeito ao governo, mas ativamente engajado na implementação, no suporte e na realização da democracia;
9. A consistência das decisões é garantida pelo pragmatismo;
10. O processo regulatório é uma interrelação entre contexto institucional, partes interessadas e instrumentos políticas, sem base filosófica, ética ou técnica;
11. A alocação de recursos e esforços precisa ser orientada por critérios objetivos que manifestem valores políticos;
12. Uma burocracia treinada pode balancear a defesa do interesse público em meio às contraposições de interesses;
13. As burocracias não surgiram para "moldar a estrutura de nossa cultura" ou "reconstruir o padrão de nossas vidas", mas para atender a objetivos administrativos dos grupos dirigentes;
14. A burocracia deve ser refortalecida e revista, comandada e reforçada pelo Presidente, com novas ou revisadas instituições para representação de interesses, planejamento e coordenação geral;
15. A administração governamental deve estar em compasso à engrenagem constitucional e aos objetivos políticos;

---

<sup>110</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 191.

<sup>111</sup> GAUS, 1936, p. 116-133 apud DWIGHT, *op. cit.*, p. 197. A noção descritiva ou objetiva de eficiência é válida e útil, mas apenas no âmbito de um quadro de referência conscientemente assumido (DWIGHT, *op. cit.*, p. 203). Se uma parte do *ratio* for desconhecida ou obscura, a medição não pode ser exata (DWIGHT, *op. cit.*, p. 205).

16. A separação entre política e administração não é possível e pode ser feita a título de formatar uma política administrativa, com uma interação cooperativa entre instituições na rede contínua de discricionariedade e ação;
17. É importante haver clara consideração dos poderes e das interrelações de governo e da função de administração, que não envolve decisões amplas nem rotinas operacionais;
18. Mais vale estabelecer padrões e procedimentos apropriados de organização do que debater se centralizar ou descentralizar é a saída;
19. A administração é geralmente banhada por questões de valor, embora algumas matérias sejam suscetíveis de tratamento pelas ciências naturais;
20. É necessário abraçar a normatividade da administração pública e a possibilidade de, com a formulação de observações de um fato em um determinado momento, estabelecer deduções cientificamente testáveis, que precisam observar, também, questões e motivações culturais<sup>112</sup> e senso comum afiado e colocado pela perspectiva científica; e
21. Não há eficiência verdadeira sem eficiência social da governança quanto aos padrões mínimos de qualidade de vida.

### 1.1.2. Adrian Vermeule e a abdicação do direito à regulação

O professor da Universidade de Harvard Adrian Vermeule apontou funcionalidades do quadro atual em *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State* (2016). Inicialmente, cabe destacar que suas ideias baseiam-se na discordância de princípios morais imutáveis e na compreensão de que direitos e liberdades individuais são sociais e devem ser tratadas como valorativas. Vermeule acredita que não há espaço para um originalismo paralisante ao direito constitucional que nega uma estrutura moral do direito. A primeiro modo, pode ser um debate semelhante ao de Michael Sandler, mas Vermeule inclusive inclui percepções como não ser a democracia liberal uma condição *sine qua non* de uma ordem política justa<sup>113</sup>. Ele conceitua sua teoria como constitucionalismo do bem comum, no qual a liberdade não é a prioridade, mas sim a contribuição para a melhoria da comunidade em geral. Após a pequena apresentação, deixemos as controvérsias de lado e vejamos os pontos de Adrian Vermeule em *Law's Abnegation*.

Vermeule argumenta que o direito abandonou suas pretensões imperiais voluntariamente. Se antes era ela quem arbitrava assuntos governamentais, atualmente ela presta deferência ao estado administrativo<sup>114</sup>. O direito abnegou sua autoria frente aos arranjos governamentais, e juristas adotaram uma interpretação em direção à existência de uma margem discricionária aos administradores para formular políticas públicas, determinar fatos, interpretar legislações ambíguas e até delimitar as fronteiras de suas jurisdições, a exemplo de juízes de seus próprios casos<sup>115</sup>. O direito se depôs. Todos mostram deferência às agências e voluntariamente cederam poder na prática administrativa americana, em um processo de feedback autoreforçado que percebe a abdicação como consequência lógica dos próprios compromissos internos do direito<sup>116</sup>.

Vermeule inicia criticando o silêncio de Dworkin sobre o Estado Administrativo, que, a seu ver, pode derivar de uma caricatura da estrutura de poderes, na qual o Legislativo

---

<sup>112</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 189.

<sup>113</sup> MASTERS, 2021.

<sup>114</sup> VERMEULE, 2016, p. 1.

<sup>115</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 1.

<sup>116</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 2-3.

escolha uma política pública, os órgãos do Executivo, como as agências, implementam comandos políticos a nível técnico sob interpretação utilitarista, e Cortes são fóruns de princípios. Porém, as agências, não menos que cortes, são inescapáveis fóruns de princípios<sup>117</sup>. A crença no direito como integridade, que exige um juiz hercúleo, pode ser ameaçada com a relegação de menos status às cortes e aos juízes e a sobressalência das agências. Vermeule aponta para o princípio da deferência para decisões administrativas razoáveis<sup>118</sup> e percebe que o fim do conflito entre império do direito e estado administrativo se encerrará quando houver uma abdicação da autoridade pela lei<sup>119</sup>. A consequência desse movimento é a abertura de uma margem de manobra para não-juristas tentarem apontar a direção de escolhas políticas na burocracia<sup>120</sup>. Em sentido contrário ao coração do império da lei, que é o processo decisório judicial, o *judicial review* tornou-se apenas um exercício deferencial que se atenta apenas a determinar quais agências claramente ultrapassaram as fronteiras do defensável, seja em senso legal, político ou factual.

Pois bem, Vermeule advoga que juízes devem garantir que agências devem atuar nas fronteiras dos estatutos legais que as deleguem autoridade, em um movimento de revisar, não em decidir o assunto. Ao fim e ao cabo, o processo de revisão judicial adiciona uma análise de custos marginais e benefícios da legalidade à decisão da agência: a agência com responsabilidade *front-line* é mais bem posicionada para construir lacunas e ambiguidades. Trata-se de uma lógica marginalista da situação<sup>121</sup>. Os juízes deveriam adentrar à racionalidade do processo decisório da agência, mas, segundo o autor, esse quesito é fraco e compatível com uma variedade de justificações em diferentes níveis de generalidade. Na análise de Vermeule, a jurisprudência estadunidense reflete uma versão reduzida e pouco exigente da revisão da racionalidade das decisões das agências.

Em vez de teorizar principiologicamente, o autor decide atentar-se à abdicação como integridade para comprovar que o direito se submeteu ao trono do direito administrativo<sup>122</sup>. O autor não buscou se pronunciar sobre o design ideal de instituições administrativas ou a alocação ideal de autoridade entre cortes e administradores, mas, em um nível menor de generalização, qual conjunto de princípios seria necessário manter para ajustar e justificar as tendências centrais do desenvolvimento do direito. Vermeule defende que a abdicação como automarginalização do direito é a resposta básica. O direito abdicou de suas pretensões imperiais por razões jurídicas válidas.

Por que estudar o estado administrativo fora do Poder Executivo? Legislativo e controle político são objetos deixados, de certa forma, em segundo plano na literatura regulatória. Houve, em certa parte, abdicação legislativa. Vermeule verifica que a prática legislativa estadunidense registra que episodicamente o Congresso se propõe a promulgar estatutos legais estruturais para restringir o Poder Executivo em uma perspectiva ampla<sup>123</sup>. No caso americano, essas regras criadas são ineficazes em razão do crescimento demasiado do escopo da ação executiva.

Vermeule percebe que os administradores apresentam preponderância em relação aos juristas mesmo em situações complexas e amplas, porque características da fronteira da elaboração de políticas pela agência, como incerteza, alto custo informacional, e competência

---

<sup>117</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 4.

<sup>118</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 5.

<sup>119</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 6.

<sup>120</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 7.

<sup>121</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 7.

<sup>122</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 8.

<sup>123</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 9.

técnica, coloca que os valores marginais adicionáveis por juristas são questionáveis. Além de causas externas, forças e pressões que levaram à dominância do estado administrativo, o direito tende a reconhecer argumentos internos para aceitar ser substituído pela técnica e se auto retira do espaço de discussão<sup>124</sup>.

Todo tema de direito administrativo presume algum contexto de alocação de autoridade constitucional e abrange partes relevantes do direito constitucional<sup>125</sup>. Temas constitucionais são trazidos ao debate de temas administrativos e constantemente dialogam com o pano de fundo de alocações constitucionais. Para Vermeule, a agenda judiciária, sobretudo da Suprema Corte, avançou, inclusive midiaticamente, sobre temas que guardam controvérsia social, como aborto e casamento gay, em um processo de crescente visibilidade, mas ainda ocupa uma pequena fração da agenda nacional. Nesse aspecto, Vermeule acredita existir uma retirada da Corte em relação à opinião pública, policiando questões de liberdades pessoais e de propriedade e abandonando a regulação socioeconômica para outros ramos do governo.

Vermeule também identifica uma confusão básica e recorrente em críticas às prerrogativas administrativas do Poder Executivo, mas direcionadas ao estado administrativo. Aqui, confunde-se a uma questão de escopo de poder<sup>126</sup>. Críticas ao estado administrativo devem abordar, para o autor, assuntos de alocação de poder intragovernamentais, não o escopo de poder concedido pelo direito ao governo nacional, seja pelo Legislativo ou Judiciário<sup>127</sup>. O professor se pergunta sobre a base de referência para mensurar a abdicação do direito, considerando que qualquer escolha é um tanto arbitrária em razão de o processo de dar em um longo período<sup>128</sup>. Vermeule percebe que houve uma ampliação constante da discricionariedade administrativa no ordenamento jurídico estadunidense, embora com variações, retrocessos ocasionais e reduções temporárias<sup>129</sup>.

O autor se pergunta se o arco do direito se inclina para a deferência enquanto uma característica do estado do direito ou é apenas uma trajetória jurídica atual, que será seguida até algumas forças declinarem do comportamento. A abdicação do direito está encaminhada há décadas, para Vermeule, e é assentada na análise de eventual agregação marginal de valor ao processo de tomada de decisão institucional que se inicia na agência. Trata-se da lógica jurídica interna que descola o direito para uma abdicação cada vez maior a partir de uma visão que duvida se o direito terá algo a agregar ao processo decisório agencial, chegando a se preocupar, no limite, que o direito piora as coisas, não as melhora<sup>130</sup>.

A experiência estadunidense sobre o assunto estabelece que, ao menos que leis contradigam a interpretação das agências, as cortes deverão manter a decisão burocrática desde que seja razoável<sup>131</sup>. Vermeule destaca que a tendência da deferência a decisões burocráticas razoáveis sobre lei, fato ou política não é derivada de decisão judicial, mas uma característica global do direito no estado administrativo, observável em muitos sistemas jurídicos ao longo do tempo<sup>132</sup>. Contudo, a abdicação do direito não nasce da deferência à interpretação das agências ou do declínio a uma *hard look review* (supervisão judicial rigorosa

---

<sup>124</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>125</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 11.

<sup>126</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 11-12.

<sup>127</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 12.

<sup>128</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 12.

<sup>129</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 12.

<sup>130</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>131</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>132</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 13.

da racionalidade da tomada de decisão do órgão); porém, autores pouco versados em gestão pública apresentam um horror congênito à discricionariedade administrativa e reforçam a tese da *hard look review*, seja teóricos de esquerda com receio do desmonte de políticas de bem-estar social ou teóricos de direita com receio de ataque à regulação econômica e de propriedade no contexto estadunidense<sup>133</sup>.

O direito administrativo é um sistema dinâmico, em fluxo constante e que insta debates sobre controvérsias quando discutidas, mas que depois são esquecidas e não alteram o percurso do caminho da abdicação do direito. Esse processo exigirá esforços contínuos dos Poderes que produziram a abdicação, com dificuldades por razões legais internas, ao ver de Adrian Vermeule<sup>134</sup>.

A seu ver, também, há uma tensão no ordenamento jurídico estadunidense para o retorno à constituição clássica da separação de poderes, mas foi por ela que o estado administrativo foi gerado<sup>135</sup>. Teorizar e analisar o estado administrativo pode performar funções de cozeiro de pretensões do império do direito e parteira de um nascimento com dores aliviadas do estado administrativo a partir da lei. Embora atualmente o arco do direito penda para a abdicação a longo prazo, decisões judiciais mais intrusivas e isoladas geram danos sociais, penumbra de incerteza jurídica, litígios improdutivos, confusão conceitual por decisões minoritárias e incentivos para politização das agências<sup>136</sup>. O estudo e a atuação de analistas jurídicos no tema constrói um modesto, mas construtivo papel em reduzir os danos sociais, refutar argumentos limitados contra a deferência judicial e explicar teorias relevantes na prática do direito administrativo, como a teoria da tomada de decisões sob incerteza<sup>137</sup>.

Vermeule capitula que o direito cedeu cada vez mais discricionariedade ao estado administrativo e absteve-se de assuntos de maneira voluntária, por um trabalho de imperativos legais interno. A maior conquista do direito tem sido a sua subordinação e o seu apagamento em prol da resolução dos seus próprios objetivos<sup>138</sup>. O estado administrativo e a separação de poderes não são necessariamente antagônicos, uma vez que o princípio da separação não pode ser rigorosamente maximizado ou tratado como uma restrição lateral<sup>139</sup> e inviolável, mas deve ser otimizado<sup>140</sup>.

A separação de poderes a nível constitucional deve ser replicada para todo o ordenamento, mas houve uma abdicação de autoridade a partir da delegação de poderes fundidos e funções combinadas por parte das instituições constitucionais às agências no processo de elaboração das leis. Retornar à teoria de separação clássica de poderes, para Vermeule, é uma contradição pragmática e autodestrutiva<sup>141</sup>.

O estado administrativo não surgiu da abdicação do direito. Na parte legislativa, houve uma série de concessões ponderadas e cumulativas de autoridade legal às agências, combinadas com o ajuste contínuo de autoridade e monitoramento, que levaram, ocasionalmente, à abolição de agências. Já na parte judiciária, houve concessão cada vez

---

<sup>133</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 13-14.

<sup>134</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 14.

<sup>135</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 15.

<sup>136</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 15.

<sup>137</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>138</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 16.

<sup>139</sup> Trata-se de um conceito jusfilosófico referente a limitações aplicáveis a ação, teoria ou princípio sem ser o foco central da discussão e que adicionam considerações a se levar em conta.

<sup>140</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>141</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 17.

maior à discricionariedade das agências por meio de argumentação legal comum, conduzida de boa-fé, baseada em fontes legais comuns e a partir de uma perspectiva interna<sup>142</sup>.

O judiciário protege a discricionariedade das agências de interferências mais agressivas. Nos Estados Unidos, os juízes passaram a enxergar, com razão, que as agências muitas vezes podem ter excelentes razões de segunda ordem para se comportar de forma não racional ou arbitrária, para não comparar alternativas, ignorar considerações de política relevantes ou tomar decisões errôneas. Portanto, a revisão da racionalidade é tênue, o que significa que é abrangente e indulgente, permitindo às vezes que as agências forneçam razões de segunda ordem para explicar sua incapacidade de apresentar razões de primeira ordem. Como corolário, a "revisão rigorosa" é mais conceitual do que real, certamente no nível da Suprema Corte<sup>143</sup>.

Vermeule defende que decisões de agências somente podem cair se contrárias ao direito e à razoabilidade, sendo um processo decisório indefensável<sup>144</sup>. Processos de controle da produção regulatória correspondem, também, a um processo de constrangimento da discricionariedade administrativa agencial<sup>145</sup>. Porém, uma proibição da arbitrariedade permite um amplo espaço de comportamento agencial arbitrário em um sentido teórico amplo<sup>146</sup>.

O lugar do direito passa a ser determinado por uma análise dos benefícios marginais e custos de incrementos adicionais de supervisão legal e judicial da burocracia. A análise marginal informal do valor do direito resulta em uma decisão a favor da autonegação diante de delegações estatutárias amplas, vagas ou ambíguas e de um ambiente de formulação de políticas cheio de incerteza e complexidade.

A autonegação do direito não é apenas, nem simplesmente, o resultado do crescimento massivo da burocracia administrativa ao longo do último século. É também o resultado da própria compreensão do direito sobre como sua lógica deve funcionar em um ambiente burocrático, comandado em maioria por profissionais não juristas, como cientistas, engenheiros e economistas<sup>147</sup>. À medida que o direito reconheceu isso, ela passou cada vez mais a perceber que os próprios princípios que o direito gerou para controlar e limitar a discricionariedade administrativa aconselham a abnegação. O direito decidiu que serve melhor aos seus próprios fins ao permanecer mais ou menos silencioso ao aduzir que pouco tem a incrementar na tomada de decisão e marca posição suficiente ao determinar marcadores de limites externos da autoridade e racionalidade das agências<sup>148</sup>.

Vermeule endereça a legalidade do estado administrativo estabelecendo que os críticos do estado administrativo nos Estados Unidos apelam para argumentos originalistas ou libertarianistas de que este foi concebido à parte do mundo jurídico, em uma construção política. Vermeule discorda e entende que as instituições constitucionais decidiram cria-lo e abdicar de autoridade a ele<sup>149</sup>. Nesse sentido, é importante registrar a diferença do processo de conformação do Poder Executivo nos EUA e no Brasil - lá, centrípeta; aqui, centrífuga - para também demarcar o devido cuidado de tomar observações emprestadas sem o devido cuidado comparativo entre ordenamentos jurídicos que percebem e localizam o Executivo diferentemente. Retornando, o autor percebe que, antes de observar nuances da prática, é

---

<sup>142</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 18.

<sup>143</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 19-20.

<sup>144</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 20.

<sup>145</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 19.

<sup>146</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 19.

<sup>147</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>148</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>149</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 24.

necessário retomar o debate doutrinário e histórico; no caso estadunidense, com o *Administrative Procedure Act (APA)* e o caso *Croweell v. Benson* (1932), decidido na Suprema Corte. Tratou-se de enfrentamentos incisivos entre o legalismo clássico e o sistema moderno do direito administrativo que buscaram endereçar um equilíbrio entre as demandas do direito e os imperativos do governo burocrático, mas cujos compromissos tornaram-se instáveis<sup>150</sup>; no contexto americano, entre deferência judicial e discricionariedade administrativa.

Nas explicações de Vermeule (*op. cit.*, p. 25-26), o caso constituiu em uma impugnação da constitucionalidade da adjudicação administrativa quanto a alegações trabalhistas de não recebimento de compensações. O ministro relator, Charles Hughes, buscou situar seu voto no equilíbrio entre a inafastabilidade de jurisdição das Cortes para determinação dos fatos e a possibilidade de delegação legislativa de competência para tribunais administrativos e votou pela possibilidade de revisão judicial da evidência substantiva de cada caso, seja em aspectos jurisdicionais ou constitucionais de delegação legislativa (ou não). Porém, a instabilidade da defesa simultânea do estado administrativo e do direito e as mudanças político-jurídicas estadunidenses a partir do governo Roosevelt, iniciadas em 1937, desestabilizaram a salvaguarda à separação de poderes e restabeleceram a deferência judicial a decisões administrativas sobre questões jurídicas.

Por outro lado, para Vermeule, falta outro argumento na prática jurídica estadunidense que tenha definido tão claramente a indicação de fatos, a interpretação jurídica e a elaboração de políticas públicas na interação entre estado administrativo e lei, dado que as 3 atividades são comuns na formulação de políticas governamentais pelas agências reguladoras; a parte da expertise foi alocada na indicação de fatos, não na interpretação jurídica<sup>151</sup>.

O caso também foi desfigurado na prática, com uma tendência de aplicação como justificativa diferencial às agências em grau maior do que o próprio caso trouxe, também para aspectos de interpretação legal, por meio de uma ficção jurídica de que houve delegação legislativa para tanto<sup>152</sup>, como o autor indica que se iniciou no caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Naturla Resources Defense Council, Inc* (1984). Para Vermeule, essa ficção da delegação legislativa ao estado administrativo é semelhante à ficção inglesa da Chefia de governo para a monarquia.

Contudo, deferência não é abdicação; há juízes que negam a abdicação e revisam judicialmente casos que envolvem interpretação elaborada por agências reguladoras. O poder residual do Judiciário é exercido para aplicar legislação clara ou, em menor grau, para decidir questões de maior significância econômica e política<sup>153</sup>. Porém, a deferência para a interpretação legal feita por agências é rotina e exercida, por exemplo, quando o direito é silente ou ambíguo. São poucos os pontos fora da curva da abdicação do direito; para Vermeule, casos grandes e politicamente relevantes tornam o direito ruim<sup>154</sup>. O autor indica que, mesmo que a doutrina de *Chevron* caia, a deferência fica na fronteira entre uma ideia de fato ou de direito porque é uma característica da sistemática jurídica anglo-americana, na qual juízes receiam o limite de seu conhecimento e constroem a deferência legalmente<sup>155</sup>. O escopo da adjudicação de direitos públicos e privados se estendeu para as agências

---

<sup>150</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 24.

<sup>151</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 28.

<sup>152</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 29.

<sup>153</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 30.

<sup>154</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 31. O autor cita o caso da interpretação do *Affordable Care Act* no caso *King v. Burweel*, que envolvia uma disputa bipartidária gigantesca em torno da referida lei. A Suprema Corte a interpretou sem deferência à interpretação administrativa.

<sup>155</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 31.

administrativas, que passaram a poder elaborar regulamentos aplicáveis, com travas procedimentais de observação de procedimentos além do APA e de proibição e regras “arbitrárias e caprichosas” que originaram a *hard look review*. Houve uma quase superação da decisão de Hughes na medida em que o Judiciário se envolveu no processo de razão de tomada de decisão pelo administrador, para além da jurisdição ou do direito envolvidas no caso, voltado mais à deferência do que à revisão da racionalidade decisória. Há um escopo muito mais permissivo para o reconhecimento legal da discricionariedade administrativa elaborado na própria lógica jurídica doutrinária e principiológica e que constrange o papel de revisores<sup>156</sup>.

O estado administrativo é um produto do processo legislativo elaborado pelos poderes constituídos. É uma delegação, mas não dos poderes legislativos do Congresso, sim de autoridade administrativa por meio de um exercício da função legislativa deliberativa. Para Vermeule (*op. cit.*, p. 44), “se o estado administrativo fosse de alguma forma abolido amanhã, o Congresso provavelmente começaria a trabalhar para recriá-lo, em um ciclo de recorrência eterna”. Porém, há quem conteste a legitimidade da delegação? Houve uma tomada de decisão em torno da criação de uma instituição executiva com poderes regulamentadores. Vermeule advoga (p. 45-46) que “qualquer teoria originalista precisa reconhecer a força liquidante da constante aceitação por parte do Congresso, do Presidente e do Tribunal de que a delegação ampla de autoridade legal é fundamentalmente legítima”. Não houve abdicação, mas delegação de funções para auxiliá-los a desempenhar suas funções constitucionalmente atribuídas em um contexto de expertise técnica e mudanças recorrentes de ambiente político. Essas razões podem estar corretas ou erradas, mas abdicação não é o termo adequado para descrever o processo de surgimento do estado administrativo<sup>157</sup>.

Outro ponto que Vermeule pontua é alegação de Philip Hamburger sobre a ilegalidade das agências por exercício de legislação e adjudicação extralegal por meio da edição de normas gerais de observância obrigatória (*binding general rules*) e ordens de observância obrigatória (*binding orders*), que são decisões não-especializadas, unificadas e não-representativas. Hamburger sugere apenas um realinhamento decisório judicial em torno da *common law*, sem remédios jurídicos prescritíveis. O crítico entende a ilegalidade em sentido amplo e o exercício do poder executivo em sentido estrito, sem autorização para editar regulamentação vinculativa porque isso é exercício legislativo e medida extra ou supralegal. É uma crítica legal e política do estado administrativo, mas que ignora que a abnegação do direito decorre dele mesmo, que delegou competência a um órgão autônomo. Um fenômeno legal não pode ser extralegal.

Vermeule indica que é melhor Hamburger indicar ilegalidade dos marcos legais. Ainda, não se trata da delegação de um poder legislativo, mas executivo. As ações agenciais assumem formas legislativas ou judiciais, mas são em exercício do Poder Executivo.<sup>158</sup> Isso mesmo em caso de preencher os detalhes de políticas legislativas para definir a direção geral para a política<sup>159</sup>, um elemento jurídico indispensável do significado do poder executivo para Vermeule<sup>160</sup>. Hamburger estabelece erroneamente que a edição administrativa de comandos vinculantes, sob autoridade legal, sempre e necessariamente conta como um exercício legislativo de poder. É um exercício de função. Ao fim e ao cabo, críticos do estado

---

<sup>156</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 34.

<sup>157</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 47.

<sup>158</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 52.

<sup>159</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 52.

<sup>160</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 53.



administrativo ignoram que a abnegação do direito foi realizada juridicamente<sup>161</sup>, embora influenciada por pressões institucionais e pragmáticas, em favor de uma auto renúncia da lei.

Sobre a separação de poderes, o autor resume o posicionamento opositor ao estado administrativo na literatura: alegação de consolidação ilegal e proibida de delegação do poder legislativo às agências, que regulamentam, interpretam e aplicam regras. Porém, Vermeule percebe que a separação de poderes não é um preceito inviolável, mas moldável para a consecução de objetivos constitucionais, em um processo de *trade-offs* institucionais para balancear, reconciliar e otimizar os pontos envolvidos na gestão executiva, como vieses e expertise<sup>162</sup>.

A separação de poderes existe para evitar abusos institucionais, sejam os de extrapolação de exercício de poderes, de inação ou insuficiência de ação frente a problemas públicos por motivos privados ou de controle de espaços ocupados por forças internas, como burocracia e parlamento. Nesse sentido, o estado administrativo é um mecanismo de controle de riscos de erro e abuso da representação majoritária, volátil em razão dos processos eleitorais, garantindo qualidade das políticas públicas, mesmo que temporárias<sup>163</sup>. O direito tolera um nível aceitável de abuso de poder desde que consiga endereçar outros pontos num pacote administrativo que envolve um grau de abnegação da separação de poderes. A teoria do estado administrativo entende que o design institucional executivo envolve um *trade-off* entre uma tomada de decisões sem distorções e uma atividade especializada e rápida da burocracia para alcançar um abuso adequado de poder<sup>164</sup>.

Nessa esteira, existem (i) os custos de execução do direito e a necessidade de um círculo de monitoramento mútuo de oficiais do estado<sup>165</sup>; (ii); a ameaça de abuso de poder "privado" e a necessidade de "agências-tribunais" exercendo supervisão ativa e contínua, para conter a resolução indistinta de problemas sociais com foco em representantes do poder econômico, embora com custos reputacionais de sobreposição de funções e risco de conflito de interesses<sup>166</sup>; e (iii) a taxa de rapidez de ajuste da política pública no contexto do ambiente político e econômico, considerando a letargia deliberativa legislativa, o custo de transação da condução dos assuntos legislativos para formação de entendimentos políticos, a contínua delegação de temas ao executivo e às agências e o aproveitamento dessa ampliação de competências pelo executivo para não precisar consultar ao legislativo para alterar regras<sup>167</sup>.

Há escolhas de não ceder a um princípio único de organização, de renunciar à não combinação de funções acusatórias e decisórias para chegar a um meio-termo que proteja bens jurídicos de uma maneira ideal e de criação e interpretação de regulamentos ao mesmo tempo para viabilizar a formulação de políticas públicas, que envolve interpretar e executar regimentos setoristas, e aplicar uma margem de alteração das regras em razão de mudanças políticas. A teoria defende aceitar custos de abuso de poder em prol de benefícios institucionais gerais<sup>168</sup> e considera a adoração inquestionável à separação de poderes como legalmente questionável frente às considerações e aos bens que o direito também deve levar

---

<sup>161</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 54.

<sup>162</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 57.

<sup>163</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 59.

<sup>164</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 60.

<sup>165</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 60.

<sup>166</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 61.

<sup>167</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 67-68. Existe uma grande possibilidade de que isso não corresponda à situação parlamentar brasileira em razão da rapidez de tramitação de diversos temas aqui, em detrimento da dificuldade de formação de leis bipartidárias no Congresso americano.

<sup>168</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 65-67.

em conta<sup>169</sup>. Inclusive, Vermeule aponta que as próprias instituições alegadas pelos críticos do estado administrativo geraram as concessões de autoridade estatutária em legislações que combinam funções institucionais em agências administrativas<sup>170</sup>.

Vermeule trata da deferência e do devido processo e do alcance do “constitucionalismo administrativo” ao assunto percebendo que a jurisprudência estadunidense revisa as determinações da agência sobre o devido processo com parcimônia, ambiguidade e falta de clareza na abordagem, além de aplicarem uma revisão judicial pela perspectiva da racionalidade. Outro ponto relevante no quesito de devido processual, na visão de Vermeule, é a impossibilidade de aplicação de invocação de questionamento da autoridade da agência para questionar seus próprios procedimentos, uma vez que o direito constitucional (americana) confere essa autoridade a instituições<sup>171</sup>.

Vermeule também estuda os desafios enfrentados pelas agências ao lidar com a incerteza genuína, iniciando a descrição de que as agências tomam decisões sob (1) certeza, (2) risco calculável, (3) incerteza genuína – resultados conhecidos com probabilidades desconhecidas – e (4) ignorância da determinação de resultados possíveis e probabilidades. A seu ver, cada vez mais as agências operam na fronteira da formulação baseada em ciência, apoiando-se em decisões de incerteza genuína, em razão de desafios diversos: trata-se de decisões racionalmente arbitrárias<sup>172</sup>, em que o aparato administrativo não consegue tomar decisão apoiada totalmente na razão e precisa tolerar a arbitrariedade e a abnegação final das pretensões legais. A incerteza ocorre em 2 níveis: na tomada de decisão com genuína incerteza e na revisão com aplicação de requisitos racionais de direito administrativo que devem abordar se há racionalidade na decisão<sup>173</sup>. O autor defende maior flexibilidade de revisão sobre as demandas de justificação de primeira ordem da razão das decisões.

Caminhando em relação à racionalidade decisória, o autor defende uma análise da racionalidade mínima das decisões de agências (*thin rationality review*), menos intrusiva e que exige justificativas, sejam elas de primeira, segunda ou terceira ordem. Nesse sentido, Vermeule percebe vertentes negativas e positivas da análise da racionalidade mínima. Negativamente as agências precisam realizar menos comparações com políticas públicas, análises quantitativas de custos-benefícios, aplicação de princípios conservadores de precaução, conexões estritas entre fatos e decisões e obrigações procedimentais. Já positivamente as agências agem sempre baseadas em razões e sem exigência de racionalidade ideal ilimitada. A teoria da revisão de racionalidade mínima permite flexibilidade às agências em seus processos decisórios e não exige que sigam estritamente a análise custo-benefício ou obrigações procedimentais, a menos que explicitamente exigidas por estatuto. Entre alguns pontos nessa discussão, o autor levantou um interessante apontamento: os custos assimétricos de erro, em relação aos quais as consequências de erros das agências podem ser muito mais graves do que noutra direção.

O autor também levanta aspectos relevantes ao tratar como advogados empoderam profissionais não advogados: a alocação de poderes, influência e autoridade de tomada de decisões em agências entre profissões impacta no grau de escrutínio judicial, sendo que uma abordagem mais deferente é dada a agências comandadas por profissionais não advogados, enquanto revisões mais rigorosas são direcionadas a advogados.

---

<sup>169</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 69.

<sup>170</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 72.

<sup>171</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 121.

<sup>172</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 126.

<sup>173</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 128.

Em sua conclusão, Vermeule postula que o direito administrativo tem sido marginal ao direito em razão do fenômeno paradoxal de abnegação do direito para seu cumprimento no estado administrativo. O direito cedeu poder, não o perdeu, ao perceber outras instituições como principais decisores de assuntos institucionais<sup>174</sup>.

Ao fim, percebe-se que Adrian Vermeule é um forte adepto da doutrina da delegação legislativa de competência. Seus posicionamentos podem ser sintetizados nos seguintes tópicos:

1. O direito abandonou suas pretensões imperiais voluntariamente;
2. A abdicação do direito é uma consequência lógica dos próprios compromissos internos do direito;
3. As agências, não menos que cortes, são inescapáveis fóruns de princípios;
4. O fim do conflito entre império do direito e estado administrativo se encerrará quando houver uma abdicação da autoridade pelo direito;
5. Juízes devem garantir que agências devem atuar nas fronteiras dos estatutos legais que as deleguem autoridade, em um movimento de revisar, não em decidir o assunto;
6. O processo de revisão judicial adiciona uma análise de custos marginais e benefícios da legalidade à decisão da agência: a agência com responsabilidade *front-line* é mais bem posicionada para construir lacunas e ambiguidades<sup>175</sup>;
7. Houve também abdicação legislativa;
8. O direito tende a reconhecer argumentos internos para aceitar ser substituído pela técnica e se auto retira do espaço de discussão;
9. Todo tema de direito administrativo presume algum contexto de alocação de autoridade constitucional e abrange partes relevantes do direito constitucional;
10. Os órgãos abandonaram a regulação socioeconômica para outros ramos do governo;
11. Críticas ao estado administrativo devem abordar assuntos de alocação de poder intragovernamentais, não entre poderes;
12. Juízes agem se perceberem eventual agregação marginal de valor ao processo de tomada de decisão institucional que se inicia na agência;
13. A tendência da deferência a decisões burocráticas razoáveis sobre direito, fato ou política não é derivada de decisão judicial, mas uma característica global do direito no estado administrativo, observável em muitos sistemas jurídicos ao longo do tempo;
14. A maior conquista do direito tem sido a sua subordinação e o seu apagamento em prol da resolução dos seus próprios objetivos;
15. Decisões de agências somente podem cair se contrárias ao direito e à razoabilidade, sendo um processo decisório indefensável;
16. Processos de controle da produção regulatória correspondem, também, a um processo de constrangimento da discricionariedade administrativa agencial;
17. A abnegação é um processo vindo da lógica interna do direito de permanecer mais ou menos silencioso ao aduzir que pouco tem a incrementar na tomada de decisão e marca posição suficiente ao determinar marcadores de limites externos da autoridade e racionalidade das agências;

---

<sup>174</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 209-210.

<sup>175</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 7.

18. O poder residual do Judiciário é exercido para aplicar legislação clara ou, em menor grau, para decidir questões de maior significância econômica e política;
19. O estado administrativo é um produto do processo legislativo elaborado pelos poderes constituídos. É uma delegação, mas não dos poderes legislativos do Congresso, sim de autoridade administrativa por meio de um exercício da função legislativa deliberativa
20. O estado administrativo é um mecanismo de controle de riscos de erro e abuso da representação majoritária, volátil em razão dos processos eleitorais, garantindo qualidade das políticas públicas, mesmo que temporárias; e
21. O autor defende uma análise da racionalidade mínima das decisões de agências (*thin rationality review*).

### 1.1.3. Posições contrárias ao Estado Administrativo

Críticas ao Estado Administrativo defendem sua inconstitucionalidade em face, entre outros argumentos, (i) do acúmulo de funções institucionais pelas agências em meio à aplicação da separação de poderes<sup>176</sup>, (ii) do exercício impróprio da função legislativa ao regulamentar uma lei em razão de uma alegada regra constitucional de não delegação<sup>177</sup> e (iii) a combinação de funções de poderes constituídos em agências<sup>178</sup>. Nesse sentido, Vermeule constrói uma matriz de visões<sup>179</sup> acerca das posições defendidas: (i) inconstitucionalidade e ilegitimidade do estado administrativo, (ii) convalidação constitucional do estado administrativo por mutação constitucional, (iii) constitucionalidade do estado administrativo como um quarto poder que não persiste e (iv) inovações “inconstitucionais” na criação de instituições que não seguiram o padrão de design institucional.

Defensores da primeira visão alegam a inconstitucionalidade em razão do escopo ampliado dos poderes, da transferência do poder legislativo de fato para funcionários não legislativos, da independência de agências fora de um Executivo unitário, da competência adjudicante das agências e da combinação de todas essas funções (legislativa, executiva e adjudicativa) em um só órgão<sup>180</sup>. É a corrente originalista, que defende a interpretação da Constituição de 1787 alinhada aos ideais de fundação dos Estados Unidos<sup>181</sup>.

A 2ª visão advoga que a mutação teria ocorrido decorrente da vitória da coalização eleitoral do *New Deal*, decorrente de uma violação inevitável da Constituição original pelo aumento do poder da Presidência e da burocracia executiva, e existência de salvaguardas substitutivas da separação de poderes e *accountability* eleitoral. Nesse sentido, o Administrative Procedures Act (APA) foi considerado uma salvaguarda porque (i) submete questões a consultas públicas e ao legislativo<sup>182</sup>, (ii) garante independência e impede politização dos julgadores das agências e (iii) recruta tribunais para monitoramento em nome do Congresso. O APA é considerado uma carta de direitos do Estado Regulador, definindo a relação entre governo e governados e representando a escolha nacional em permitir um governo extenso, mas sem comportamento ditatorial ou de planejador centralizador<sup>183</sup>.

---

<sup>176</sup> LAWSON, 1994, p. 1.239.

<sup>177</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.233.

<sup>178</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.248.

<sup>179</sup> ROMERO, 2022, p. 38.

<sup>180</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 38.

<sup>181</sup> MIGUEIS, 2022, p. 5.

<sup>182</sup> Segundo Vermeule (2016, p. 40), essa prática permite lobby e captura regulatória.

<sup>183</sup> DUDLEY, 2021, p. 37.

Trata-se de uma estrutura de segunda ordem criada pelo Congresso para superar a subversão da superação de poderes, mas marginais: juízes e advogados, ao longo do tempo, estabeleceram modos de revisão altamente deferentes que equivalem a uma renúncia à autoridade da lei<sup>184</sup>. A teoria é criticada pela falta de explicação em como uma vitória eleitoral conta como momento constitucional capaz de emendar a Constituição, e não apenas como momento político<sup>185</sup> e pela falta de *checks and balances* para constranger o executivo levou à conformação de um novo balanço de poder em razão da criação de tribunais administrativos.

A 3ª visão ignora a expansão radical do escopo de ação e da jurisdição regulatória governamental do governo federal motivada por uma série de estatutos legais. Essa expansão, aliada aos constrangimentos institucionais às capacidades presidencial e parlamentar, gerou o crescimento da burocracia. Portanto, a crítica a vários temas regulados pela administração é uma questão sobre a amplitude constitucional do governo federal como um todo, não sobre o estado administrativo como algo distinto dos poderes originais.

A 4ª visão é a que Vermeule adere e tratou em sua obra, conforme explicado.

Ainda sobre críticas, Gary Lawson chega a tratar da morte do governo constitucional<sup>186</sup>, seguindo um discurso originalista que diferencia previsões de execução de leis e competência jurisdicional do governo federal, no sentido de que a execução é apenas uso do maquinário estatal, enquanto a competência guarda esteio normativo nos temas determinados constitucionalmente. É um contrassenso dizer que um poder constituído pode executar algo fora do âmbito de sua competência ou que executar controle material não é atividade inserida em sua competência. O próprio autor realiza que defender a doutrina dos poderes enumerados é irrealista<sup>187</sup>, mas ressalta que a atacar juridicamente é criticar uma das bases do crescimento do estado regulatório moderno<sup>188</sup>.

Lawson também critica a delegação de poderes a instituições diversas do poder titular das funções e defende a ideia de que há uma tarefa a ser cumprida para determinar o que é uma necessária e própria implementação de uma lei ou uma delegação imprópria do poder legislativo<sup>189</sup>. A seu ver, há uma regra constitucional de não delegação que mantém-se mesmo no contexto de impossibilidade legislativa de determinação de todas as regras necessárias para a execução de uma lei<sup>190</sup>. Chamar o legislativo à responsabilidade é um ponto interessante, até porque o custo político de uma decisão tomada por uma agência pode reduzir consideravelmente o custo legislativo. Porém, abster-se até mesmo de considerar válidas transformações da estrutura de governo moderna frente a mudanças sociais e tecnológicas é fechar os olhos para a própria transformação constitucional intertemporal.

Lawson ainda lança uma proposta: a de um executivo unitário, que não pode contar sequer com um departamento executivo em seu nome, mas em representação do Presidente da República<sup>191</sup>. Para o autor, qualquer lei que exija execução discricionária precisa passar pelo Presidente e não pode ser direcionada a uma agência.

---

<sup>184</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 41.

<sup>185</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>186</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.233.

<sup>187</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.236.

<sup>188</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.237.

<sup>189</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.239.

<sup>190</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.241.

<sup>191</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.242.

Lawson também critica a função adjudicante das agências e alega que há uma morte da independência judiciária<sup>192</sup>. O autor é mais ameno nesse ponto e considera que há uma linha tênue entre julgar a aplicação ou não de uma regra a partir de critérios legais ou aplicar uma punição ou resolver um conflito social a partir da lei.

Por fim, o autor trata da morte da separação de poderes<sup>193</sup> no sentido em que as agências reúnem funções dos 3 poderes. Ao fim, o autor estabelece algumas comparações, sendo o estado administrativo inconstitucional, para regularizá-lo, como via emendamento constitucional, mutação constitucional ou precedente judicial. Por fim, o autor defende que o estado administrativo pode ser regularizado se outra instituição compensatória for instituída para equilibrar a inconstitucionalidade; no caso, um veto legislativo<sup>194</sup> para normas das agências reguladoras. Porém, ao fim, o autor pede pela concordância geral em torno da inconstitucionalidade do estado administrativo<sup>195</sup>.

3 posições podem ser percebidas nessa discussão teórica: (i) defensores da separação de poderes e funções, (ii) defensores da liberdade material e (iii) defensores da legitimidade política. A crítica ao Estado Administrativo aborda a tensão entre a burocracia e os agentes políticos<sup>196</sup> na medida em que estabelece independência entre Executivo eleito e tecnocracia.

#### **1.1.4. O Estado Administrativo em direção ao Brasil**

É importante ressaltar que, embora tenha sido feita uma retomada de conceitos sobre o estado administrativo elaborados por autores estadunidenses, pretende-se aqui focar em encontros entre elementos da prática institucional regulatória brasileira e da base teórica norte-americana acerca da teoria do Estado Administrativo. Afinal, o modelo americano de agências reguladoras dos EUA é importante influenciador da conformação do panorama regulatório brasileiro, que busca ênfase no ganho de eficiência na regulação de serviços de caráter prestacional<sup>197</sup>. Este percurso foi feito a título de revisão de literatura teórica. Agora, cabe adentrar na discussão teórica brasileira sobre a legitimidade da competência das agências reguladoras, a um primeiro momento com olhar ampliado para, depois, focalizar na experiência da Aneel junto ao Congresso Nacional nos seguintes capítulos.

Na esteira de poderes separados e funções combinadas no estado administrativo, existem diferenças consideráveis e, em certos momentos, intransponíveis entre a prática estadunidense e brasileira, como a prioridade decisória sobre interpretar regulamentos ambíguos às agências e o exercício secundário da jurisdição de tribunais nos EUA. De todo modo, a separação de poderes continua respeitada quando as instituições que compõem o arranjo aprovam o esquema de autoridade agencial que combina poderes institucionais<sup>198</sup>. Como a agência realiza as próprias funções dos poderes constituídos, Vermeule defende que os críticos ao exercício de funções pelas agências atacam o próprio sistema constitucional<sup>199</sup>.

O exercício de construir uma equivalência do Estado Administrativo na perspectiva administrativa brasileira apresenta desafios no que se refere a construir um esforço teórico no

---

<sup>192</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.246. Possivelmente a atuação adjudicante das agências nos EUA é mais contundente do que a experiência brasileira.

<sup>193</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.242.

<sup>194</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.252.

<sup>195</sup> LAWSON, *op. cit.*, p. 1.253.

<sup>196</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 5.

<sup>197</sup> LIMA, 2016, p. 33.

<sup>198</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 79.

<sup>199</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 84.

mesmo sentido realizado nos EUA: ampliar o debate, saindo da Administração Pública e chegar a questões prescritivas da atuação da burocracia na implementação de políticas públicas<sup>200</sup>. Percebe-se que há um debate se prática brasileira pode aclimatar, de certa forma, o Estado Administrativo. Há defesas em torno de um transplante imperfeito<sup>201</sup> ou de uma aproximação em razão de uma existente delegação legislativa pelo exercício da função regulamentar.

No sentido de um transplante imperfeito, Anna Carolina Migueis (2022) defende que a extensa descrição das funções do Poder Executivo na Constituição brasileira e semelhança funcional das agências com outros órgãos já existentes no momento de sua criação formam um cenário distinto do silêncio normativo e da necessidade de construção doutrinária para justificar o Estado Administrativo<sup>202</sup>. Dessa forma, as agências não formariam o 4º poder, administrativo e tecnocrata aos moldes da experiência estadunidense. Outros pontos relevantes são a presença do Estado antes da própria formação da sociedade brasileira e a herança francesa no direito administrativo, o que levou nosso ordenamento a conferir prerrogativas especiais<sup>203</sup>. De todo modo, Migueis defende localizar conceitos do Estado Administrativo no Brasil no que se refere às agências reguladoras e sua legitimidade. Pensar a legitimidade das agências reguladoras no Brasil é dialogar intimamente com a teoria do Estado Administrativo para confrontar a jurisdição regulatória governamental expandida para fazer frente aos desafios socioeconômicos e equipada com a delegação legislativa com a acusação do crescimento de uma burocracia independente, com funções múltiplas (legislativa, executiva e adjudicativa) em um só órgão e comandada por funcionários não eleitos. Pensar a teoria do estado administrativo é pensar, entre outros pontos, no exercício do poder normativo de entidades da administração pública e nos problemas práticos e teóricos<sup>204</sup>.

Nesse sentido, é possível estabelecer diálogos em torno de conceitos e noções administrativas que dialogam com a teoria estadunidense, como legitimidade das agências reguladoras, respeitadas nossas diferenças jurídico-políticas na formação da administração pública<sup>205</sup>. Portanto, essa pesquisa se vale do conceito de legitimidade das agências estatais da teoria do Estado Administrativo para pensar a dinâmica institucional entre burocracia e parlamento no que se refere à avocação política da escolha regulatória. De um lado, quem concorda com o preparo técnico das agências e pede deferências às escolhas; de outro, quem aponta falta de legitimidade e pede espaço para o Legislativo eleito democraticamente<sup>206</sup>. Discutir a visão sobre as agências reguladoras no Parlamento é, sobretudo, procurar se há uma interpretação em torno de legitimação ou detração institucional de estruturas técnicas e neutras formadas por servidores públicos<sup>207</sup>.

## **1.2. A discussão brasileira sobre legitimidade da competência das agências reguladoras**

### **1.2.1. Breve contextualização da criação das agências**

---

<sup>200</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 3.

<sup>201</sup> Cf. MIGUEIS, 2022.

<sup>202</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 13.

<sup>203</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 14.

<sup>204</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 19-20.

<sup>205</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 24.

<sup>206</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 20.

<sup>207</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 21.

Na esteira da revisão de literatura, desloca-se a atenção agora à produção brasileira sobre as agências reguladoras, iniciando por uma breve compreensão da inserção das agências em nosso ordenamento. Seu poder normativo advém de sucessivas alterações político-institucionais da governança regulatória brasileira na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) para agregar especialização técnica, despolitizar processos de tomada de decisão estatal e criar uma agenda gerencial da função regulatória social e econômica de setores específicos da economia recém-desestatizados com déficit de investimentos<sup>208</sup>. Houve a justificação de construir um Estado pluricêntrico que diferenciase políticas de governo e de Estado.

Autarquias especiais foram criadas, com autonomia político-administrativa, técnica e normativa. Nesse período, foi criada inicialmente a agência cuja resolução é objeto do PDL ora analisado: a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por meio da Lei nº. 9.427/1996. A partir dessa, outras 11 agências foram criadas até 2005. O rol de agências brasileiras inclui ANEEL (energia elétrica), ANATEL (telecomunicações), ANP (petróleo, gás e biocombustíveis), ANVISA (vigilância sanitária), ANS (saúde suplementar), ANA (águas), ANTT (transportes terrestres), ANTAQ (transportes aquaviários), ANCINE (cinema), ANAC (aviação civil) e ANM (mineração). As agências brasileiras seguem uma governança estabelecida pela Lei nº. 13.848/2019, que instituiu a chamada Lei Geral das Agências Reguladoras e prevê regras de participação social e controle de transparência decisória.

A atuação estatal voltada à coordenação foi um dos preceitos orientadores da reforma administrativa que originou o arranjo institucional das agências reguladoras, conformando um Estado Regulador, na esteira da hipertrofia do Estado Administrativo<sup>209</sup>. Tratou-se de um momento de reformas institucionais que operou um giro da administração burocrática para a gerencial para dinamizar a atuação governamental e buscar atender às exigências públicas de respostas rápidas do Poder Público<sup>210</sup>. A legitimidade da atuação do regulador advém da concordância de que a burocracia externaliza valores de transparência, motivação deliberativa, previsibilidade e estabilidade<sup>211</sup>.

A consolidação de uma burocracia necessitou de legitimação desta nova estrutura descentralizada, em sentido diferente à formação da tecnoburocracia do regime militar<sup>212</sup>. A reforma da administração pública em torno de um status gerencial, comandada pelo então ministro da Administração Federal e Reforma do Estado Bresser Pereira, procurou reduzir a intervenção estatal direta no domínio econômico e aumentar a eficiência e o controle de resultados da regulação com a reestruturação burocrática e criação de autarquias em regime especial sem retirar prerrogativas e direitos da população<sup>213</sup>.

Há elogios e críticas ao modelo gerencial estabelecido, como ressalto da importância deste modelo para o avanço da eficiência estatal, a falta de rompimento com o modelo burocrático e o patrimonialismo e uma alegada pequena incorporação de instrumentos de participação e controle social no processo de tomada de decisão<sup>214</sup>. Também registra-se a crítica de que a criação das agências reguladoras foi um processo pouco estruturado, parcial e deficiente, fruto de uma adesão dependente a uma corrente modernizadora do campo da

---

<sup>208</sup> CUNHA, 2016, p. 476.

<sup>209</sup> LIMA, 2016, p. 18.

<sup>210</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 19.

<sup>211</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 60.

<sup>212</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 21.

<sup>213</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 24-26.

<sup>214</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 27.



gestão pública internacional, que motivou antagonismos ideológicos e períodos de estagnação<sup>215</sup>. O pesquisador Bruno Cunha (UFRJ) inclusive defende que o primeiro ato de construção da política regulatória nacional<sup>216</sup> foi a apresentação do Projeto de Lei nº. 3.337/2004, que propôs uma Lei Geral das Agências, por parte do Poder Executivo, que constituiu grupo de trabalho interministerial para discutir a matéria<sup>217</sup>. Portanto, em sua visão, a organicidade de uma política regulatória abrangente e transversal completa apenas 15 anos em nosso país, demorou para entrar como tema na agenda de políticas públicas como um problema público e não foi endereçado de maneira abrangente<sup>218</sup>. Isso implica que o arranjo institucional regulatório oriundo das reformas dos anos 1990 foi alterado marginalmente, e sua resiliência pode ser fruto tanto de estabilidade quanto da pouca permeabilidade à institucionalidade brasileira, que impediu ou levou ao desinteresse na aplicação de teste de conceitos novos na prática<sup>219</sup>.

Pois bem, a atividade regulatória estatal sobre domínios econômicos específicos foi delegada à cada agência brasileira, não necessariamente em um processo esperado de desregulação<sup>220</sup>, com combinação de funções administrativas e adjudicantes<sup>221</sup>. Trata-se de uma figura híbrida que mescla funções de diversos poderes e concentra atribuições de informar, fiscalizar, negociar, normatizar, gerenciar, arbitrar, sancionar e adjudicar assuntos setoriais<sup>222</sup>. Constrói-se um cenário importante para o exercício politicamente neutro da função da regulação<sup>223</sup>. As agências contam com independência política dos dirigentes, técnica decisional, gerencial e normativa; esta última, em especial, é objeto de controvérsias em razão de discordâncias quanto à extensão, incluindo possibilidade de inovação jurídica ao editar normas aplicáveis de caráter geral. Elas são instituições que manifestam a atuação gerencial estatal de monitoramento e normatização da vida social e da produção de bens e serviços<sup>224</sup>. É válido trazer a visão de Anna Carolina Migueis (2022, p. 22):

“Ademais, do ponto de vista da democracia substantiva, a Administração Pública por meio de seus diversos órgãos e entidades, é responsável pela execução de políticas públicas diretamente ligadas à concretização de direitos fundamentais e à construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A variedade das demandas que o estado deve atender levou à formação de estruturas de igual complexidade dentro do Poder Executivo. Desmontá-las implica, assim, o risco de esvaziamento ações que fazem parte da implementação de direitos e liberdades.”

## 1.2.2. O poder normativo das agências reguladoras

O exercício do poder normativo das agências reguladoras pode ser considerado como administrativamente discricionário na medida em que estrutura normas de caráter geral e

---

<sup>215</sup> CUNHA, 2016, p. 473. Fato é que há algum pano de fundo na relação entre agências e políticos demarcando antagonismos, sejam esses ou outros motivos.

<sup>216</sup> Política regulatória transversal, não se tratando de iniciativas iniciais de criação esparsada de agências.

<sup>217</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 474.

<sup>218</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 474.

<sup>219</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 474.

<sup>220</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 36.

<sup>221</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 37.

<sup>222</sup> MOREIRA NETO, 2006, p. 392 apud LIMA, *op. cit.*, p. 38.

<sup>223</sup> Cf. MOREIRA NETO, 2006, p. 165 apud LIMA, *op. cit.*, p. 41.

<sup>224</sup> MAJONE, 1997 apud CUNHA, *op. cit.*, p. 476.

abstrato sobre setores econômicos<sup>225</sup>. Na agenda de atuação das agências, a atividade regulatória guarda espaço importante na consecução de uma intervenção indireta no domínio econômico de caráter técnico, autônomo e equidistante quanto aos interesses regulados<sup>226</sup>. Nesse sentido, as agências reguladoras contam com a competência legal de editar atos normativos para disciplinar a atuação de particulares em relações públicas ou privadas<sup>227</sup>.

Na esteira do exercício do poder normativo, as agências deparam-se com marcos setoriais que elaboram conceitos e termos técnicos dos setores regulados e, a partir da densidade conceitual-linguística desses, elabora a regulamentação infralegal. Porém, o teor técnico de marcos legais é altamente variável<sup>228</sup>, por motivos políticos como limitação de formação de acordos políticos em deliberações legislativas ou falta de vontade ou percepção de relevância e urgência da política em regular determinados assuntos, que levam à edição de leis com conceitos indeterminados que localizam o conflito da criação das normas para o momento de aplicação e dão importância para administradores na “realização da juridicidade”<sup>229</sup>. Desse modo, o espaço de discricionariedade técnica das agências na edição de regulamentos varia juridicamente conforme a disposição prévia em lei das situações e relações sociojurídicas<sup>230</sup>.

O debate jurídico brasileiro sobre a delegação legislativa de poder normativo às agências apresenta 3 grandes tendências: (i) indelegabilidade legislativa e impossibilidade da inovação jurídica via ato normativo, (ii) admissão de certa flexibilidade para cumprimento do poder normativo e (iii) entendimento realista de que há contradições entre a separação clássica de poderes e as demandas da regulação econômica e tensões entre o controle da burocracia regulatória e a necessidade de delegação legislativa a ela<sup>231</sup>.

A tendência da indelegabilidade ressalta a impossibilidade de inovação na ordem jurídica por meio do exercício do poder normativo executivo contrária a disposições legais, exceto em caso de medida provisória ou lei delegada<sup>232</sup>. Para essa corrente, o princípio da legalidade aduz que apenas leis em sentido formal podem ser leis em sentido material e prescreverem regras de caráter legislativo, não guardando espaço regulamentos e atos normativos da Administração Pública. A execução de leis não abriria espaço para criação de novos direitos e obrigações. Há quem defenda que essa corrente doutrinária ignora o aumento irreversível da importância quantitativa e qualitativa do regulamento para a regulação econômica e a intervenção do Estado no domínio econômico e o equipara erroneamente à lei formal<sup>233</sup>.

A tendência que admite certa flexibilidade, denominada por Jean-Paul Rocha como doutrina do reconhecimento constrangido<sup>234</sup>, reconhece que a expertise técnica e a velocidade – da qual é possível questionar – da dinâmica da regulação econômica são incompatíveis com o processo legislativo e requerem instituições não majoritárias com poderes normativos. Parte da corrente nega que há delegação de função legislativa ou poder discricionário da administração, mas a aceita na prática na forma de potestade normativa material<sup>235</sup>. Realiza a

---

<sup>225</sup> GUERRAS, 2018, p. 55 apud GUERRAS e SALINAS, 2018, p. 406.

<sup>226</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 41.

<sup>227</sup> LIMA, *op. cit.*, p. 41.

<sup>228</sup> KREEL e ANDREAS, 2013, p. 27 apud LIMA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>229</sup> KREEL e ANDREAS, 2013, p. 15 apud LIMA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>230</sup> DI PIETRO, 2014, p. 221 apud LIMA, *op. cit.*, p. 42.

<sup>231</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 197; PINHO, 2022, p. 25; ROCHA, *op. cit.*, p. 197.

<sup>232</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 197.

<sup>233</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 198.

<sup>234</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 199.

<sup>235</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 200.

distinção entre primariedade e originalidade da norma, autorizando que um ato normativo possa estatuir primariamente assuntos porque o Poder Executivo pode produzir normas jurídicas e inovar o ordenamento<sup>236</sup>. Eros Grau se filia a essa corrente e defende que regulamentos podem ser (i) de execução fiel da lei, (ii) de autorização, não delegação, de função regulamentar a qual o Executivo já é titular, (iii) autônomos, no âmbito constitucional reservado à chefia do poder. As agências reguladoras produziram regulamentos autorizados, na esteira de uma ampliação do poder regulamentar, mas não de delegação legislativa<sup>237</sup>. Contudo, regular envolve preencher lacunas residuais legislativas, em certa medida uma atividade legislativa delegada<sup>238</sup>.

Outra parte da corrente, que inclui principalmente Tércio Sampaio Ferraz Jr., defende que houve uma mutação constitucional do princípio da legalidade com a Reforma do Estado empreendida na década de 1990, sobretudo por meio da Emenda Constitucional nº. 19/1998<sup>239</sup>, que passou a ter dupla perspectiva de validação: (i) condicional, quando uma norma é validada por lei, e (ii) legitimadora dos meios procurados em relação aos fins legais vinculantes. Para Ferraz, uma norma é legal se passa pelo crivo positivamente dessas 2 validações. Ainda, normas administrativas seriam instrumentalizadas na perspectiva finalística da legalidade e poderiam ser constituídas sob juízo de realidade e adequação entre meios escolhidos e fins pretendidos, na esteira do princípio constitucional da eficiência, que impõe resultados e não apenas limites aos poderes constituídos<sup>240</sup>. Ferraz defende que a introdução do princípio da eficiência criou por mutação constitucional a delegação instrumental ao Estado Regulador para a consecução de resultados de políticas públicas, uma vez que os órgãos reguladores já são autônomos e têm o dever de alcançar fins em sua atividade<sup>241</sup>. Os problemas dessa vertente são o apontamento de mutação constitucional para uma reforma constitucional, conceitos doutrinariamente inconciliáveis e o esquecimento da experiência constitucional pré-agências, quando já havia órgãos reguladoras (embora não independentes), como o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional<sup>242</sup>.

A 2ª tendência reluta em reconhecer que existe delegação legislativa, seja antes ou depois das agências, em um processo de negação de um processo que já ocorre, embora não de maneira total, prática vedada<sup>243</sup>. Certamente a corrente contrária à delegação, que conseguiu emplacar sua vedação no art. 36, § 2º da Constituição de 1946<sup>244</sup> e colocá-la em parte no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>245</sup> apresenta

---

<sup>236</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 202.

<sup>237</sup> GRAU, 1996, p. 189 apud ROCHA, *op. cit.*, p. 202.

<sup>238</sup> LEAL, 1946, p. 378-390 apud ROCHA, *op. cit.*, p. 204.

<sup>239</sup> A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, modificou princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal.

<sup>240</sup> FERRAZ, 2000 apud ROCHA, *op. cit.*, p. 202-204.

<sup>241</sup> FERRAZ, 2000 apud ROCHA, *op. cit.*, p. 202-204.

<sup>242</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 205.

<sup>243</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 205.

<sup>244</sup> “Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. [...]

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

<sup>245</sup> “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

receios democráticos relevantes quanto à expansão normativa do Executivo. Contudo, o exercício de um poder regulamentar limitado à fiel execução das leis não guarda viabilidade com as demandas do capitalismo regulado, a necessidade de tecnicidade setorial na elaboração de normas e a possibilidade constitucional de adoção de medidas executivas via delegação legislativa para fatos técnicos<sup>246</sup>.

O reconhecimento explícito da delegação legislativa no Brasil encontra espaço inclusive na Suprema Corte, que já decidiu pela possibilidade de edição normativa de atos como lei em sentido material para regular em tempo a economia – no caso, o tabelamento de preços por meio de decreto-lei<sup>247</sup>. Nesse sentido defendeu Victor Nunes Leal, para quem o regulamento é lei em sentido material, a proibição à delegação está fadada a ser inefetiva no contexto do Estado Regulador, e a delegação legislativa é compatível com a democracia na medida em que ocorra controle legislativo, não sendo a delegação em si fator de hipertrofia executiva, mas os fatores sociopolíticos envolvidos, com ou sem delegação. Inclusive, nessa esteira, Nunes pontua um fator para a “campanha contra delegações” do período republicano pós-Estado Novo válido para a discussão dessa monografia: há setores econômicos contrários à delegação legislativa em razão da adoção rápida de medidas reguladoras eventualmente contrárias a seus interesses, em uma união entre liberalismo jurídico (proibição da delegação) e econômico (vedação de regulação contrária a seus interesses)<sup>248</sup>. A defesa de interesses é um ponto, no mínimo, espinhoso, mas fato é que guarda legitimidade na medida em que propõe convencer atores políticos e regulatórios a concordarem com sua pauta. Poderá ser tratado mais à frente desse texto sobre a incidência política de atores econômicos no processo legislativo do PDL nº. 365/2022, mas é preciso aqui pontuar que o lobby em nada aduz falta de lisura, mas sim permite a participação democrática de setores no processo decisório de políticas públicas<sup>249</sup>.

Nesse sentido, a burocracia realiza funções híbridas de poderes em uma conformação jurídica especial e precisa exercer funções normativas ao regulamentar assuntos jurídicos sob a guarda de uma delegação expressa do Congresso Nacional<sup>250</sup>. Passada a discussão de

---

§ 1º Os decretos-lei em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma:

I - se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar;

II - decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-lei alí mencionados serão considerados rejeitados;

III - nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-lei, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes.

§ 2º Os decretos-lei editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.”

<sup>246</sup> Embora guarde-se ressalvas quanto ao argumento de que discussões legislativas não observam parâmetros técnicos, fato é que a pertinência técnica da decisão legislativa pode flutuar ao interagir com diferentes estímulos sociopolíticos. Praticar a regulação econômica no Parlamento a ponto de que a lei trate suficientemente de todos os assuntos e esgote inovações no ordenamento jurídico, além de impraticável com a experiência legislativa, levaria a uma insegurança regulatória sem precedentes e inviabilizaria a maturação de capital de investimentos de setores regulados. A própria prática nega a indelegabilidade.

<sup>247</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 208. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº. 30.355/DF, Dt. Jul. 21/07/1948, rel. min. Castro Nunes.

<sup>248</sup> LEAL, 1946, p. 378-390 apud ROCHA, *op. cit.*, p. 209-212.

<sup>249</sup> Nesse sentido cf. RICARDO, E. C. Relações governamentais, lobby e advocacy no contexto de public affairs. **Organicom**, [S. l.], v. 8, n. 14, p. 129-144, 2011.

<sup>250</sup> CLÈVE, 2001, p. 125 apud PINHO, *op. cit.*, p. 25.

existência ou não da delegação, afirmando-se que há, percebe-se que mais vale preocupar com os aspectos institucionais da regulação<sup>251</sup>.

A aplicação infralegal de arranjos legais elaborados pelo parlamento é o caso do art. 3º, XVIII, *b* da Lei nº 9.427/1996, objeto iniciador do imbróglho político-institucional do sinal locacional, que culminou no avanço da tramitação legislativa do PDL 365/2022. Além de uma reserva presumida de administração ou até uma reserva de regulação<sup>252</sup>, há uma delegação legislativa para o exercício de uma função essencialmente administrativa pela Aneel.

Portanto, o controle político da produção da Resolução Normativa ANEEL nº. 1.024/2022, que internaliza o assunto na estrutura tarifária do setor elétrico brasileiro, apresenta uma roupagem distinta dos enfrentamentos elaborados pelo Congresso no sentido das agências: em vez de acusação de exercício ilegal da discricionariedade administrativa, a discussão ganha o contorno de um desentendimento conceitual de como o Brasil estabelece sua estrutura regulatória, seja como confusão teórica dos parlamentares ou como legítima discordância com o arranjo atual, na esteira de um processo de controle política da escolha regulatória. Nesse sentido, é necessário lançar a esse conceito, observando-se sua prática em relação a resoluções que não necessariamente inovam no ambiente jurídico, mas não vão materialmente de encontro à convicção dos parlamentares.

### **1.2.3. O controle político da produção regulatória**

Os mecanismos de controle político da produção regulatória podem ser *ex ante* ou *ex post*, seja pela edição de leis - a fim de revogar tacitamente decisões burocráticas ou alterar a governança regulatória, como escopo de atuação ou processos - ou decretos legislativos para supressão superveniente de atos normativos<sup>253</sup>. O controle *ex ante* de normatização da deliberação das agências busca moldar sua atuação ao contexto político de formulação das políticas públicas do setor regulado<sup>254</sup>. Já o controle *ex post* pode se dar também com a fiscalização de comissões parlamentares temáticas, eventuais mudanças do funcionamento das agências e apresentação de projetos de decreto legislativo<sup>255,256</sup>. Guerras e Salinas (2020, p. 414-415) estabelecem a divisão dos instrumentos de controle político da produção normativa entre iniciativas de:

- i. Delimitação material da atividade normativa para reestabelecer limites ao âmbito material de regulação;
- ii. Delimitação posterior da atividade normativa para alterar as regras do processo de produção normativa; e
- iii. Controle posterior da atividade normativa para sustar supervenientemente atos normativos.

---

<sup>251</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 216.

<sup>252</sup> Reserva essa defendida por parte da doutrina pela necessidade de exercício adequado de pluralidade de funções e regulação de setores complexo, como Francisco Defanti e Egon Bockmann Moreira, mas objeto de discordância por outros, como Roberta Simões Nascimento, que alega respeito à legitimidade legislativa.

<sup>253</sup> GUERRAS e SALINAS, 2018, p. 412-413.

<sup>254</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 86.

<sup>255</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 87.

<sup>256</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 96.

Nesse sentido, o controle político é uma forma de avocação política da escolha regulatória, conceito de Felipe Romero (2022):

“o controle político das agências reguladoras pelo Poder Legislativo, por meio do exercício da atividade normativa, de forma episódica, com foco restrito e particularístico, tendo por objetivo a reassunção pontual, por parte do Legislativo, da competência delegada à agência reguladora para tomada de decisão” (2022, p. 90).

O autor diferencia a avocação como termo jurídico de retirada de competência de um ente por outro hierarquicamente superior e a avocação legislativa como relação contextual na construção da política regulatória. A teoria não busca justificar toda ação parlamentar para revogar atos normativos das agências<sup>257</sup>. Inclusive, Romero reputa como usurpação da competência regulatória a edição de decreto que propõe sustar ato não normativo de reajustes contratuais<sup>258</sup>. O controle político visa observar adequação da ação governamental à orientação política legal<sup>259</sup>. A avocação não necessariamente afeta aspectos estruturais da agência e pode se relacionar apenas à interferência no mérito da política regulatória<sup>260</sup>. É episódica<sup>261</sup> e não necessariamente envolve uma procura de enfraquecer as agências, mas discordar quanto ao mérito da política em um processo de inconsistência temporal entre objetivos de curto prazo e compromissos regulatórios duradouros<sup>262</sup>. A avocação tende a ser particularística no sentido de alinhamento político com grupos de pressão que buscam espaços decisórios mais favoráveis às suas pautas<sup>263</sup> e pode se dar pelos instrumentos de alteração legal ou sustação por decreto legislativo de ato normativo da agência.

No estudo do controle político da produção regulatória, cabe destacar o controle posterior da atividade normativa para sustar supervenientemente atos normativos, categoria que abarca a edição de um decreto legislativo. O decreto legislativo é um ato normativo primário com força de lei que pode inovar juridicamente como legislação negativa<sup>264</sup> ou veto legislativo a atos normativos abstratos, gerais e impessoais<sup>265</sup>. Trata-se de um controle de constitucionalidade político repressivo<sup>266</sup> que susta efeitos *ex tunc* ou *ex nunc e erga omnes*, sem possibilidade de revogação de norma sob pena de descumprimento do princípio constitucional da separação dos poderes<sup>267</sup>. É uma espécie de ato normativo primário produzido no âmbito do processo legislativo federal previsto no art. 59 da Constituição Federal (CF)<sup>268</sup> para regulamentar as matérias de competência exclusiva do Congresso

---

<sup>257</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 91.

<sup>258</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 91.

<sup>259</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>260</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 90.

<sup>261</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 93.

<sup>262</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>263</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 95.

<sup>264</sup> MENEGUIN e SOUZA, 2020, p. 77.

<sup>265</sup> MENEGUIN e SOUZA, *op. cit.*, p. 77.

<sup>266</sup> MENEGUIN e SOUZA, *op. cit.*, p. 77.

<sup>267</sup> MENEGUIN e SOUZA, *op. cit.*, p. 77.

<sup>268</sup> “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.”

Nacional previstas no art. 49, CF<sup>269</sup>, usualmente cabível para regulamentar assuntos de competência exclusiva do Parlamento com aplicação externa<sup>270</sup>. Há parte da doutrina que designa origem ao art. 49, V, da Constituição de 1988 com base no art. 91 da Constituição de 1934<sup>271</sup>.

O poder de iniciativa de um projeto de decreto legislativo (PDL) é de titularidade apenas de parlamentares e órgãos parlamentares<sup>272</sup>. A regulamentação do instrumento é prevista nos artigos 109 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) e 213 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF). A proposta se submete ao processo de tramitação bicameral, com necessidade de aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal<sup>273</sup>. Na opinião doutrinária, sem prerrogativa à Casa Iniciadora<sup>274</sup>. Exige-se tramitação em Plenário na Câmara, mas não no Senado<sup>275</sup>, e não está sujeito à sanção do Presidente da República.

A edição de um decreto legislativo é uma prerrogativa legislativa de invadir legalmente a competência normativa exclusiva do Poder Executivo para frear e contrabalancear normas ilegais ou excedentes ao âmbito de delegação<sup>276</sup> por meio de um veto legislativo de atos regulamentares que distanciam-se da norma-parâmetro<sup>277</sup>. É um controle de natureza política que exige fundamento jurídico-constitucional de exorbitância dos limites da delegação política ou do poder regulamentar. Dessa maneira, há um limite à discricionariedade parlamentar para controlar atos normativos do Poder Executivo<sup>278</sup>.

O controle normativo do Poder Executivo previsto no art. 49, V, CF, como modalidade de controle posterior da atividade normativa, assemelha-se não a um controle para inovação positiva no mundo jurídico, mas de freio e contrapeso a excessos formais e materiais da Administração Pública<sup>279</sup>. Quanto à possibilidade de controle de atos normativos, percebe-se que a prerrogativa contida no art. 49, V, CF engloba todas as normas editadas pelo Poder Executivo, independentemente de exercício de poder regulamentar ou autoridade editora do ato<sup>280</sup>. Portanto, a revogação de decisão de órgãos reguladores é um mecanismo de controle institucional *ex post* à disposição do Congresso Nacional<sup>281</sup>.

O controle exercido pelo Congresso em relação às normas estabelecidas pelo Poder Executivo engendra uma série de discussões possíveis, como controle de constitucionalidade ou legalidade em cada caso, pertinência jurídica de análise de mérito da norma impugnada, possibilidade de controle de atos normativos editados por outros órgãos do Executivo e efeito ripristinatório de ato anterior revogado pelo ato impugnado pelo decreto legislativo.

---

<sup>269</sup> “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]”

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

<sup>270</sup> CAVALCANTE FILHO, 2023. p. 253.

<sup>271</sup> CAVALCANTE FILHO, *op. cit.*, p. 349.

<sup>272</sup> CAVALCANTE FILHO, *op. cit.*, p. 252.

<sup>273</sup> CAVALCANTE FILHO, *op. cit.*, p. 254.

<sup>274</sup> CAVALCANTE FILHO, *op. cit.*, p. 254.

<sup>275</sup> É possível que a apreciação de um PDL no Senado Federal tenha caráter terminativo, conforme o art. 91, V, RISF.

<sup>276</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 96.

<sup>277</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>278</sup> ROMERO, *op. cit.*, 96.

<sup>279</sup> MENEGUIN e SOUZA, 2020, p. 90.

<sup>280</sup> Há julgado nesse sentido; cf. ACO-QO n°. 1048, apontado por CAVALCANTE FILHO, *op. cit.*

<sup>281</sup> MEIRELLES e OLIVA, 2006, p. 560.

Nesse sentido, o controle político de matéria regulatória é juridicamente legítimo na medida em que não adentra em controle de mérito, mas no aspecto formal de descompasso entre o ato impugnado e sua norma-parâmetro<sup>282</sup>. Há entendimento jurisprudencial do STF<sup>283</sup> no sentido da reserva de administração regulatória em assuntos competentes às agências reguladoras, delimitando o campo de atuação do Congresso Nacional em matéria de regulação<sup>284</sup>. Aponta-se inclusive precedente do STF que a sustação impertinente de ato é abuso de prerrogativa parlamentar<sup>285</sup>. A discricionariedade executiva é preservada, e não cabe análise meritória da medida que se busca impugnar, sob pena de desrespeito à separação de poderes. O controle posterior da atividade normativa, nessa formatação, aparenta ser um exercício de retirada de normas que ultrapassaram as fronteiras do defensável legalmente, tal como o exercício deferencial das cortes descrito por Adrian Vermeule.

De todo modo, o controle política de matéria regulatória tem sido objeto de atividade parlamentar, registrando-se um aumento considerável de apresentação de projetos de decreto legislativo no âmbito do Congresso Nacional no sentido de sustar resoluções de agências reguladoras. O número de PDLs apresentados de 2015 a 2019 variou positivamente em 152,17% em comparação ao conjunto de PDLs apresentados de 1988 a 2014. Até o fim de 2019, 158 PDLs foram apresentados<sup>286</sup>.

Até 2019, 116 projetos apresentavam o argumento inconstitucional da inconveniência da opção normativa, sendo que 45 desses apresentavam apenas este argumento<sup>287</sup>. Houve, inclusive, um aumento expressivo do uso desse argumento: até 2014, 30% dos PDLs eram por esse sustentados; pós-2014, saltou para a casa dos 45,69% da totalidade dos argumentos. A tendência de aumento pode sugerir ser um ponto na curva de hipertrofia legislativa no balanço do poder institucional no Brasil<sup>288</sup>, iniciado notadamente no início do 2º mandato do governo Dilma Rousseff (PT) e que apresenta conformações não antes vistas na relação entre Presidência e Congresso em nossa história institucional.

Inclusive, no que se refere aos argumentos principais dos PDLs apresentados para sustar resoluções de agências, o argumento da inconveniência da opção normativa foi a justificativa mais utilizada até 2019 para impugnar normas da Aneel<sup>289</sup>. Isso pode indicar discordância de parlamentares com as regras vigentes do setor elétrico e, também, a concordância com que a política regulatória brasileira ainda está em fase de aceitação por parte de parlamentares<sup>290</sup>.

A principal agência com normas impugnadas é a Aneel; até junho de 2021, entre os 213 projetos de decreto legislativos no Congresso Nacional, 57 eram direcionados a normas da agência (26,8% do total). Até o momento, apenas 7 foram aprovados em uma casa

---

<sup>282</sup> CAVALCANTE FILHO, *op. cit.*, p. 352.

<sup>283</sup> Casos importantes de citação são as declarações da inconstitucionalidade das Leis nº. 13.269/2016, que autorizou o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna (conhecida como “pílula do câncer”), e 13.454/2017, que autoriza a produção, a comercialização e o consumo de medicamentos anorexígenos, em uma estratégia de *overruling* da decisão da ANVISA; a primeira foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 5.501; a segunda, da ADIn nº. 5.779. O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a autorização genérica de substância medicinal sem a anterior averiguação da agência reguladora competente.

<sup>284</sup> PINHO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>285</sup> Cf. a discussão estabelecida na ADIn nº 5744/DF.

<sup>286</sup> JORDÃO *et. al.*, 2023, p. 2

<sup>287</sup> JORDÃO *et. al.*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>288</sup> REY, 2023.

<sup>289</sup> JORDÃO *et. al.*, 2023, p. 14.

<sup>290</sup> JORDÃO *et. al.*, 2023, p. 25.



legislativas. O número de PDLs apresentados e protocolados pode servir de índice de apoio parlamentar à atuação de uma agência reguladora, assim como é um índice de nível de conflito entre bancadas partidárias e governo federal<sup>291</sup>.

Até maio de 2017, 9 decretos legislativos que sustam atos normativos do Poder Executivo foram promulgados pela Mesa do Congresso Nacional, sendo apenas 1 destinado a agência reguladora (DDL 273/2014 – ANVISA) e 6 para atos da administração pública direta (1 para governo Sarney, 1 para governo Collor, 2 para governo FHC e 2 para governo Dilma)<sup>292</sup>.

A justificativa de apresentação do PDL é importante para observar a aplicação da autorização constitucional e a existência de exercício regular do poder de veto legislativo<sup>293</sup>, embora entenda-se que juridificar excessivamente esse processo ignora a natureza do poder envolvido. O controle dos motivos do veto legislativo é possível e tem exigido compatibilidade entre norma sustada e norma parâmetro e alegação de exorbitação de poder regulamentar<sup>294</sup> no sentido de observar os fatos que orientaram a decisão legislativa e as consequências das medidas parlamentares<sup>295</sup>. O tratamento legislativo dos fatos é uma premissa importante e necessária do processo legislativo<sup>296</sup>. Para Roberta Simões Nascimento, a formação de um problema público no Poder Legislativo é limitada no que se refere às justificativas técnicas<sup>297</sup>, inclusive sendo facultado ao legislador aprovar leis e atos normativos sem razão expressada, desde que restem obedecidos requisitos formais e, quando exigidos, como para controle posterior de atividade normativa, materiais no processo legislativo<sup>298</sup>. Roberta Nascimento defende que julgamentos sobre a realidade não podem ser contraditos por valores, mas é difícil separa técnica da política<sup>299</sup>. Dessa maneira, é preciso compor o fenômeno regulatório a partir de interações discursivas entre atores<sup>300</sup>, considerando o estado da arte do tema técnico tratado<sup>301</sup> e o peso dos custos regulatórios no processo legislativo, que os valoram diferentemente<sup>302</sup>.

Da mesma maneira que não é possível exigir um alto ônus argumentativo ao Legislativo, este pode revisar a escolha regulatória de maneira limitada – quase um paralelo de uma revisão limitada da racionalidade defendida por Adrian Vermeule – na medida do espaço remanescente de discricionariedade do legislador<sup>303</sup>. É preciso considerar a natureza das decisões, sem deixar de levar em consideração o caráter político da deliberação legislativa, e defender uma revisão, sim, mas limitada aos aspectos constitucionais e legais.

Diversas são as razões da elevação da avocação política da escolha regulatória. Qual seja a rota adotada para estudar a prática legislativa de deliberação de decretos legislativos, pode-se oferecer uma ampla gama de subsídios para a discussão do controle de constitucionalidade e legalidade do poder normativo executivo pelo legislativo. A

---

<sup>291</sup> MENEGUIN e SOUZA, *op. cit.*, p. 102.

<sup>292</sup> MENEGUIN e SOUZA, *op. cit.*, p. 99-100.

<sup>293</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 104.

<sup>294</sup> ROMERO, 2022, p. 108 refere-se ao entendimento firmado pelo STF no âmbito da ADIn nº 5740, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 03/12/2020.

<sup>295</sup> Tratado por ROMERO, *op. cit.*, p. 165.

<sup>296</sup> NASCIMENTO, 2021, p. 2.

<sup>297</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 4.

<sup>298</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 5.

<sup>299</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 5.

<sup>300</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 168

<sup>301</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 173.

<sup>302</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 26

<sup>303</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 173.

apresentação de um PDL é uma forma de moderar as escolhas regulatórias pelas pretensões parlamentares<sup>304</sup> enquanto tentativas de controle posterior da atividade normativa que ilustram a tensão entre o poder normativo das agências reguladoras e o poder fiscalizatório e limitador do Congresso Nacional<sup>305</sup>.

Em processos de avocação política da escolha regulatória, custos de reversão da escolha regulatória são menores que as perdas residuais de desalinhamento político entre decisão da agência e preferência política e os custos incidentais de lobby, boicote ou conciliação da agência afetada<sup>306</sup>, de percepção negativa para o ambiente regulatório<sup>307</sup> e de justificação jurídica da revisão da norma agencial<sup>308</sup>. Os custos de reversão ainda são arrefecidos pelos benefícios sociais de suporte políticos ao Parlamento por parte de grupos de interesse beneficiados pela avocação<sup>309</sup>.

Os custos de reversão podem ainda ser lidos como eventual agregação marginal de valor ao processo de tomada de decisão institucional que se inicia na agência tratada por Vermeule, na qual o lugar do parlamento passa a ser determinado por uma análise dos benefícios marginais e custos de incrementos adicionais de supervisão jurídico-política da burocracia. No caso do PDL 365/2022, até a robustez do processo decisório da agência não serviu de obstáculo à fundamentação da proposta, tampouco a atuação do governo federal<sup>310</sup> ou um futuro controle jurisdicional<sup>311</sup> influenciaram a percepção dos custos da avocação.

Aqui, pretende-se examinar a percepção parlamentar quanto à ilegitimidade de edição de ato normativo pela Aneel no que se refere ao sinal locacional, seja jurídica ou politicamente. Trata-se de uma análise sobre a compreensão parlamentar do poder regulamentar de agências reguladoras. Portanto, a discussão não é centrada na capacidade de editar atos normativos primários, gerais e abstratos, ou infralegais por agências, autarquias especiais e especializadas da Administração Pública Federal, embora esse seja uma recomendação de futuro tema na agenda de pesquisa.

Trata-se eminentemente de um controle político da produção e da competência regulatória no que se refere aos limites materiais impostos *a posteriori* pelo Poder Legislativo, seja em perspectiva inibitória quanto discursiva<sup>312</sup>, ao exercício da atividade normativa, competência essencial à regulação<sup>313</sup>. O exercício do poder normativo das agências reguladoras envolve uma função análoga à de legislador ao prescrever e planejar condutas de agentes setoriais<sup>314</sup> e trata-se de uma função típica de Estado na esteira da regulação econômica prevista no art. 174 da Constituição<sup>315</sup> e da delegação legislativa às agências reguladoras.

---

<sup>304</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 103.

<sup>305</sup> JORDÃO *et. al.*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>306</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 115-116.

<sup>307</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 119-120.

<sup>308</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 119.

<sup>309</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 119.

<sup>310</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 120.

<sup>311</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>312</sup> GUERRAS e SALINAS, 2020.

<sup>313</sup> CUÉLLAR, 2008, p. 57 apud PINHO, *op. cit.*, p. 28.

<sup>314</sup> GONÇALVES, 2019, p. 1.104 apud PINHO, *op. cit.*, p. 29.

<sup>315</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A separação entre política e técnica ainda guarda controvérsias<sup>316</sup>. Interpretação factual carrega juízo de valor<sup>317</sup>. Mecanismos de diálogo na construção da política regulatória entre técnica e política precisam existir<sup>318</sup> para institucionalizar tensões<sup>319</sup>. A tensão em si não é ruim ou boa, mas está posta, localizada na rede institucional regulatória<sup>320</sup> e precisa ser sintetizada interinstitucionalmente<sup>321</sup> a cada episódio com um ferramental que reconheça o fundamento de legitimidade de cada instituição envolvida: a responsabilidade política do Parlamento e a não-arbitrariedade técnica da agência reguladora.

Reações políticas não são necessariamente uma evidência de descompromisso com o ambiente regulado, mas de fraqueza regulatória ao menos<sup>322</sup>. É necessário observar como os mecanismos de governança responderam à crise e administraram os conflitos<sup>323</sup>. O fator político constitui a racionalidade regulatória na medida em que as decisões traduzem valores políticos. Não cabe generalizar que os agentes políticos agem em desconformidade com o interesse público e as agências adotam decisões não arbitrarias por padrão. É necessário discutir a interação prática e as premissas que a calibra.

A preocupação imediata da política é o julgamento como boa ou ruim de uma proposição, não sua conformidade com a realidade em si<sup>324</sup>. A solução de problemas na política é conjuntural, motivada pela formação de maiorias (não necessariamente ocasionais), com base em um juízo subjetivo e formulada por meio de poder, conflito e antagonismo<sup>325</sup>, ainda que referenciada por debates parlamentares anteriores que abordem evidências. Já a ciência o faz por conclusões científicas, ainda que tragam certa carga valorativa<sup>326</sup>.

Portanto, a política não necessariamente forma consensos por meio da razão, como defende Chantal Mouffe, mas por meio de atos de exclusão; o convencimento não é determinante, e a deliberação pública não aborda apenas problemas técnicos como uma tecnocracia<sup>327</sup>. De todo modo, não se pode excluir a realidade dos fatos da deliberação parlamentar<sup>328</sup>, sob pena de descumprimento de parâmetros constitucionais ao desempenhar, por exemplo, o controle político de atividades de outros Poderes.

A ciência limita a idiosincrasia política e lastreia empiricamente a tomada de decisão<sup>329</sup>. Mas implantar evidências em políticas públicas pode variar conforme o custo de sua implementação, complexidade ou sensibilidade política<sup>330</sup>; um político pode rejeitar evidências que não venham de encontro às suas ideias<sup>331</sup>.

Esse cenário acentua-se na esteira da ciência regulatória<sup>332</sup>, conceito de Sheila Jasanoff que descreve a técnica de estabelecimento de regras setoriais para setores politicamente

---

<sup>316</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>317</sup> DWIGHT, 1948.

<sup>318</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>319</sup> ROCHA, *op. cit.*

<sup>320</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>321</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>322</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>323</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>324</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 71.

<sup>325</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 71-72. O autor trata de apontamentos teóricos sobre a abordagem racionalista que percebe limites da matriz liberal de deliberação, como Chantal Mouffe.

<sup>326</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 70.

<sup>327</sup> MOUFFE, 2015, p. 412 apud ROMERO, *op. cit.*, p. 72.

<sup>328</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 72.

<sup>329</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 72-73.

<sup>330</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 73.

<sup>331</sup> BACKGAARD, 2019, p. 177 apud ROMERO, *op. cit.*, p. 73.

<sup>332</sup> JASANOFF, 1998, p. 1031 apud ROMERO, 2022, p. 73.

relevantes, localizados entre a ciência que não é neutra e a política que precisa se aderir aos fatos. Não há solução única para todos os casos, que envolvem contextos específicos com interrelações, e conciliar as dimensões gerencial (burocrática) e política do direito administrativo<sup>333</sup> é um dos maiores desafios da política regulatória contemporânea<sup>334</sup>. Construí-la depende de juízos subjetivos, valoração da legalidade principiológica e incentivos institucionais<sup>335</sup> em um cenário de sobreposição de competências entre campos técnicos-científicos e político-administrativos.

Cada qual necessita cumprir sua função institucional. O parlamento delegou sua competência e pode avocar, no ordenamento brasileiro, em caso de ilegalidade ou extrapolação da delegação legislativa. Entretanto, essa possibilidade de avocar assuntos pelo Parlamento é elástica na atuação legislativa porque a governança regulatória brasileira engloba, na visão de Felipe Romero (2022), (i) desconfiança da atuação parlamentar, (ii) baixa institucionalização política do compromisso regulatório<sup>336</sup> e (iii) superdimensionamento da autonomia das agências reguladoras<sup>337</sup>.

Portanto, percebe-se um desentendimento conceitual do arranjo regulatório, seja por desconhecimento dos parlamentares quanto ao tema ou pela discordância ideológica com a estrutura vigente. O controle legislativo da produção regulatória em si não é disfuncional, já que encontra uma margem de aplicação com base no art. 49, V, da Constituição; contudo, essa modalidade de controle pode ser disfuncional na medida em que ignora ou distorce, mesmo com boa-fé legislativa, assuntos regulatórios a fim de sustar decisões das agências com base em um juízo meritório – que pode perfeitamente caber na agenda legislativa, mas desde que por meio de proposições legislativas outras que não um PDL, sob pena de se cometer uma inconstitucionalidade no controle político da produção regulatória de um órgão que realiza sua função institucional. Uma outra medida poderia ser alterar a delegação legislativa e discordar parcialmente com o desenho de delegação de competências às agências reguladoras.

Elaboradas as ponderações sobre estado administrativo, criação de agências reguladoras, exercício de poder normativo dessas e controle político da produção regulatória, cumpre trazer à análise os posicionamentos firmados na tramitação do PDL 365/2022, que permitirão estabelecer uma matriz legislativa de visões sobre a interpretação da legitimidade de competência das agências reguladoras e problematizar o tema.

## **CAPÍTULO 2. UMA ANÁLISE DA TRAMITAÇÃO DO PDL N. 365/2022**

O propósito deste capítulo é analisar a tramitação do PDL 365/2022, objeto principal de estudo desta monografia, para levantar subsídios que apontem aos posicionamentos de parlamentares acerca da competência técnica da Aneel, a fim de contribuir com a análise crítica a ser empreendida no Capítulo 3 (Conclusão), tendo em vista o estado da arte do controle político da produção regulatória.

Ao longo da descrição dos procedimentos de tramitação legislativas do PDL 365/2022, serão aplicados os indicadores formatados para observar a pertinência da hipótese deste trabalho: há um desentendimento conceitual do arranjo institucional regulatório em nosso Parlamento, na esteira de uma tentativa de reposicionamento legislativo da alocação de

---

<sup>333</sup> JORDÃO, 2019 apud ROMERO, *op. cit.*, p. 74-75.

<sup>334</sup> OTERO, 2003 apud ROMERO, *op. cit.*, p. 75.

<sup>335</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 75.

<sup>336</sup> Pode-se dizer também em baixa permeabilidade do arranjo regulatório brasileiro à institucionalidade.

<sup>337</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 20.

autoridade administrativo-constitucional na formulação da política regulatória. A análise é centrada na seleção do local de formulação das políticas: a Aneel ou o Congresso Nacional.

A análise da suficiência do discurso justificativo dos parlamentares é cabível na medida em que observa requisitos exigíveis já previstos na Constituição, por exemplo, para a edição de um ato normativo. Entender a intenção legislativa não é fútil<sup>338</sup> e serve para compreender (i) o contexto institucional de relacionamento entre Congresso e Aneel (*occasio legis*) e (ii) a *ratio legis* na esteira das distensões interinstitucionais da produção regulatória. A intenção pode ser encontrada em justificativas de apresentação de projetos, debates parlamentares e outros documentos<sup>339</sup>. Pretende-se perceber a construção de cada parlamentar que manifestou-se nas etapas de tramitação do PDL n. 365/2022 sob o uso dos seguintes indicadores, que contêm aspectos importantes de legitimidade burocrática tratados anteriormente.

**Tabela 2 – Perguntas orientadoras da metodologia da pesquisa a partir da hipótese formulada**

- 
1. O parlamentar discorda ou concorda com o arranjo institucional vigente?

---

  2. O parlamentar discorda ou concorda com a legitimidade jurídica da Aneel para elaborar uma norma de interesse geral e aplicar intertemporalmente o comando legal de uso do sinal locacional para assegurar maiores encargos aos agentes que mais onerem o sistema de transmissão (art. 3º, XVIII, b, Lei 9.427/1996, inserido pelo art. 9º da Lei nº. 10.848/2004)? A resolução é uma norma primária com força de lei em sentido material?

---

  3. O parlamentar discorda ou concorda com a constatação de eventual conflito entre a legitimidade técnica da Aneel e sua vontade política nesse caso? Há alguma discordância do parlamentar com a decisão material da Aneel? O parlamentar acena para aspectos eleitorais regionais, setoriais ou socioambientais? Se sim, como os relaciona com a execução de política pública?

---

  4. O contexto de relacionamento institucional entre Aneel e Congresso Nacional influencia a decisão do parlamentar?
- 

Compreender a regulação depende também da análise discursiva da atuação dos agentes reguladores na interação entre instituições no processo regulatório<sup>340</sup>. A ação política de agentes públicos eleitos é um aspecto relevante sobre os atos normativos das agências<sup>341</sup>. O ato de delegação não retira o Parlamento da rota de construção da política regulatória<sup>342</sup>. Certas vezes locais de definição de problemas de políticas são redefinidos por novos autores que começam a se sentir autorizados para engajar no diálogo e determinar a solução mais adequada para a questão apresentada<sup>343</sup> por motivos de (i) correção da assimetria de informações e (ii) crises e eventos focais e que reposicionam uma disputa sobre quem dará a última palavra sobre questões de interesse tanto da política quanto da técnica<sup>344</sup>.

---

<sup>338</sup> NASCIMENTO, 2021(a), p. 170.

<sup>339</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 183.

<sup>340</sup> ROMERO, *op. cit.*, pp-78-79.

<sup>341</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 80.

<sup>342</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 80-81.

<sup>343</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>344</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 83-84.

## 2.1. A resolução impugnada e a competência da Aneel na regulamentação da política tarifária do setor elétrico

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi instituída com a natureza de autarquia especial por meio da Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Seu propósito consiste em regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica de acordo com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo governo federal. O poder normativo acerca de várias matérias foi delegado à agência pela lei, no formato de uma outorga de competência condicionada a parâmetros legais<sup>345</sup>, conferindo-lhe o encargo de representar o Poder Concedente e estabelecer normas sobre inúmeras matérias, como promoção e gestão de licitações e outorgas para concessões e permissões do setor, fixação de critérios de preços, multas e tarifas, concentradas, sobretudo, no artigo 3º e seus incisos e parágrafos da Lei nº. 9.427/1996. Entre as competências referidas, há a previsão do sinal locacional como uma das diretrizes da definição da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST). A previsão do sinal locacional foi inserida na legislação por meio da vigência do art. 9º da Lei nº 10.848/2004, fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº. 144/2003, que versava sobre a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional pela contratação regulada (via concessionária ou permissionária de distribuição) e livre (via autorizada de comercialização de energia). Segue o trecho da norma:

“Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

[...]

XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes:

[...]

b) **utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão; (grifo nosso)**<sup>346</sup>.

A sistemática do sinal locacional onera a imputação de energia por um usuário à rede transmissão na transação com outro agente conforme os custos reais de acesso à rede e o fluxo de potência ponto-a-ponto<sup>347</sup>. Cumpre o objetivo de sinalizar os custos de rede aos agentes<sup>348</sup> e é um contraponto à tarifa “selo postal”, que desconsidera o critério local no custo de transporte contido na estrutura tarifária<sup>349</sup>. Desde o uso do sinal locacional na tarifa, na década de 1990, a ANEEL desenvolveu uma metodologia de estrutura tarifária que atenua o sinal locacional com um fator de ponderação de utilização da rede<sup>350</sup>. O critério passou a ser utilizado de maneira mais contundente na estrutura tarifária desde a edição da Resolução Normativa nº. 1.041/2022 para cobrar equitativamente o custo de transporte de energia no fio de transmissão para o centro de carga (local de consumo).

Aspectos da alteração do sinal locacional foram indagados aos agentes setoriais por meio das 3 fases da Consulta Pública ANEEL n º 39/2021. Foram elaborados 3 Relatórios de

---

<sup>345</sup> GUERRAS e SALINAS, *op. cit.*, p. 26-27.

<sup>346</sup> Art. 3º, XVIII, *b* da Lei nº. 9.427/1996.

<sup>347</sup> LIMA, SOUZA, e LOPES, 2003, p. 1.059.

<sup>348</sup> LIMA, SOUZA, e LOPES, *op. cit.*, p. 1.060.

<sup>349</sup> LIMA, SOUZA, e LOPES, *op. cit.*, p. 1.059.

<sup>350</sup> LIMA, SOUZA, e LOPES, *op. cit.*, p. 1.060.

Análise de Impacto Regulatório (AIR). Ao fim, a ANEEL decidiu, por meio das Resoluções nº. 1.024/2022 e 1.041/2022, por intensificar o sinal locacional na estrutura tarifária de transmissão de maneira gradual entre 2023 e 2027 e, depois, aplicar uma transição de 3 anos até a estabilização total da tarifa. Inclusive aparenta-se que a Aneel equilibrou os custos políticos de inserção do sinal locacional em relação aos benefícios ao se manter flexível e capaz de atualizar políticas e formular acordos setoriais, como defende Vermeule (2016, p. 84).

O sinal locacional permite a redução de cobrança tarifária de transmissão para consumidores das regiões Norte e Nordeste, que antes eram importadoras de energia, mas passaram a gerá-la em usinas de fontes hidrelétricas, fotovoltaicas e eólicas, uma vez que pagarão menores custos de transporte embutidos na tarifa de transmissão. Cálculos da ANEEL apontam que consumidores de 18 estados terão redução da Tarifa de Transmissão<sup>351</sup>. Norte e Nordeste apresentam altos valores de tarifa média: o Norte lidera com R\$ 803,4/MWh; já o Nordeste tem o 3º valor regional mais alto, com R\$699,3/MWh, atrás apenas do Centro-Oeste, com R\$ 731,3/MWh. Sudeste (R\$ 682,6/MWh) e Sul (R\$ 613,4/MWh) apresentam os menores valores médios tarifários., segundo os dados referidos.

Contudo, o sinal locacional onera contratos de compra e venda de energia de usinas de fontes renováveis localizadas nas regiões Norte e Nordeste com consumidores de outras regiões, cenário comercial que ocorre com maior frequência nesse nicho de comercialização de energia.

O assunto havia sido debatido no âmbito da Medida Provisória n. 1.118/2022, que alterou a tributação da comercialização de combustíveis. O deputado federal Danilo Forte (União/CE) foi relator da MP na Câmara dos Deputados e inseriu emenda que tratava do seguinte trecho:

Art. 3º. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º .....

XVIII - .....

b) **poder utilizar metodologia de sinal locacional na definição das tarifas, que deverá considerar a política nacional de expansão da matriz elétrica, com vistas à redução das desigualdades regionais, à máxima eficiência energética e ao maior benefício ambiental**, observadas as diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Política Energética e o regulamento do Poder Executivo;

c) ser definidas à época da outorga das concessões e autorizações de geração, independentemente do ambiente de contratação de energia, e permanecer vigentes até o final do prazo da concessão ou autorização, bem como ser atualizadas pelo Índice de Atualização da Transmissão (IAT); [...] (grifo nosso)”

Não houve acordo político para a deliberação da MP no âmbito do Senado Federal, portanto, o referido trecho não tornou-se comando legal. A aplicação do sinal locacional é explicitamente a aplicação de uma diretriz legal, e reclamá-la em um processo legislativo demonstra a reverberação de uma disputa de juízo de conveniência e oportunidade e, para além, demonstra que a relação entre parlamentares e Aneel caminha em um processo de desgaste a certo tempo em razão de alegações como captura regulatória, contramovimento consumerista e extrapolação da competência normativa em certos episódios, ponto melhor especificado mais à frente.

---

<sup>351</sup> BRASIL, 2023.

Neste caso, a hipótese é de discordância meritória que expõe desentendimento quanto ao arranjo regulatório do setor elétrico. As discussões do projeto exibem a controvérsia legislativa quanto à extensão normativa das agências reguladoras e, principalmente, a possibilidade de controle político-jurídico dessa atividade pelo Congresso Nacional. A pesquisa foi concretizada a partir do estudo de fontes primárias para investigar o pensamento parlamentar e seus reflexos no controle político. Fontes secundárias foram utilizadas para delinear os acontecimentos do contexto.

Importante é analisar os incentivos aos parlamentares para tomar as decisões como fizeram, uma vez que o autointeresse na tomada de decisão é uma pedra de toque da prática decisória política, do Legislativo à burocracia<sup>352</sup>. Trata-se de uma tendência de análise econômica do processo legislativo, subjacente à tramitação do projeto, mas igualmente relevante ao processo de escolhas públicas.

## 2.2. Tramitação na Câmara

O projeto de decreto legislativo é uma proposição sujeita à apreciação do Plenário na Câmara. Após apresentado na Câmara – caso do PDL 365/2022, segue para as comissões parlamentares por meio da Secretaria-Geral da Mesa Diretora da Câmara com base no despacho de distribuição elaborado pela Presidência da Mesa. O projeto tramita junto às comissões para estudo e deliberação da matéria nos aspectos as que lhe competem regimentalmente. Caso não seja rejeitado por todas as comissões de mérito ou tenha seu regime de urgência aprovado por maioria simples em Plenário, segue para deliberação no Plenário da Câmara.

### 2.2.1. Apresentação do projeto

O Projeto de Decreto Legislativo nº. 365/2022 foi apresentado em 19/10/2022 pelo deputado federal Danilo Forte (União/CE) perante a Câmara dos Deputados. Sua ementa trata da sustação das RENs n. 1.024/2022 e 1.041/2022<sup>353</sup>. O despacho da Mesa Diretora da Câmara o distribuiu às Comissões de Minas e Energia (CME) e de Constituição e Justiça e de Cidadania (para deliberação de mérito e de inconstitucionalidade e ilegalidade) e ao Plenário.

A apresentação de um PDL pode gerar outras saídas institucionais distintas da revogação, como negociação e pressão implícita pela revogação de norma por parte da própria agência<sup>354</sup>, mas o autor mostrou-se empenhado a ser um *policy entrepreneur* da sustação da resolução da ANEEL. Processos de controle da produção regulatória correspondem, também, a um processo de constrangimento da discricionariedade administrativa agencial<sup>355</sup>. No caso estudado, trata-se do uso de um mecanismo de controle político posterior da atividade normativa da Aneel por meio da apresentação de um projeto de decreto legislativo. O arranjo institucional vigente em nosso país implica hierarquia, legitimidade e titularidade do exercício

---

<sup>352</sup> NASCIMENTO, 2015, p. 309.

<sup>353</sup> “Susta as Resoluções Normativas ANEEL nº 1.024, de 28 de junho de 2022, que aprova os Submódulos 7.4, 9.4 e 10.5 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET, e revoga as Resoluções Normativas nº 349, de 13 de janeiro de 2009 e nº 559, de 27 de junho de 2013, e nº 1.041, de 20 de setembro de 2022, que aprova novas versões dos Submódulos 7.4 e 9.4 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET, aplicáveis às concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica”.

<sup>354</sup> JORDÃO *et. al.*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>355</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 19.



da intervenção regulatória a organizações estatais autônomas<sup>356</sup> que podem exercer função regulamentares. A prática das agências pode ensejar (e enseja, sem juízo de valor) contendas de legitimidade e poder político, questões comumente desencadeadoras de ações políticas<sup>357</sup> e que, em vez de separar o técnico e o político, desloca por vezes assuntos regulatórios para a arena política, formando-se uma avocação política da escolha regulatória<sup>358</sup>.

Forte argumentou na justificação do projeto pelas perspectivas de juízo de mérito e de ilegalidade por mudança de regras econômicas e descumprimento de comando político informal.

No aspecto do mérito, alegou (i) a falta de transição para tarifação, (ii) o encarecimento da implantação de projetos de geração nas regiões Norte, Norte e parte do Centro-Oeste, (iii) o embaratecimento da geração de energia no Sul e Sudeste, (iv) a transferência de renda de geradores de um eixo para outro, (v) a alteração da lógica de expansão do setor elétrico brasileiro – que tem crescido sobretudo no Nordeste, (vi) o aumento das tarifas de energia elétrica dos consumidores, (vii) a necessidade de proteção econômica em razão do fim da estabilização anual da TUST e de sua imprevisibilidade e (viii) aumento da dificuldade de expansão de usinas eólicas em regiões menos desenvolvidas.

No que se refere à legitimidade da decisão, Forte alega que a Aneel extrapolou suas prerrogativas ao determinar como o sistema elétrica se expandirá na prática, pela mudança da alocação de investimentos por região:

“Por evidente, ao fazer isso, a ANEEL altera a sistemática de expansão da geração de energia elétrica do país, o que extrapola completamente suas prerrogativas, uma vez que não cabe à Agência, mesmo que por via indireta, definir a política de expansão do sistema elétrico brasileiro. Além disso, ao alterar a sistemática de definição com os efeitos referidos, a ANEEL altera também a alocação regional de investimentos em geração no país, transferindo investimentos das regiões Norte e Nordeste para o Sul e Sudeste, deslocando empregos e renda das regiões mais pobres para as mais ricas do Brasil, aumentando as desigualdades regionais e, em consequência, atacando os princípios da Constituição e das leis brasileiras”.

Forte também defende que a Aneel demonstrou “grande afronta” à Câmara ao aprovar uma resolução sobre sinal locacional contrária à flexibilização econômica para fontes renováveis aprovada na Câmara no âmbito da MP n. 1.118/2022, mesmo não tendo sido convertida em lei. Para Forte “não resta dúvida [...] que o Legislador deixou claro o seu intuito de estabelecer novas diretrizes para o estabelecimento das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão – TUST”, e que a Aneel aprovou uma resolução “a toque de caixa” contrária às diretrizes aprovadas na Câmara poucos dias após essa deliberação, desrespeitando a “decisão soberana” da Câmara dos Deputados.

É possível perceber que Forte defende atrelar a atividade normativa das agências reguladoras a previsões legais e comandos políticos não apenas formais, mas também informais, como a emenda referente ao sinal locacional contida no texto da MP n. 1.118/2022. Embora não reste dúvidas jurídicas sobre a impertinência do pedido, uma externalização política relevante é a preponderância na elaboração de políticas públicas que congressistas avocam para si. Outro aspecto é o entendimento de que as agências reguladoras

---

<sup>356</sup> CUNHA, 2016, p. 474.

<sup>357</sup> SUBIRATS, 2016 apud CUNHA, 2016, p. 474.

<sup>358</sup> Cf. ROMERO, *op. cit.*

têm legislado materialmente, embora não formalmente<sup>359</sup>. A regulamentação pode abrir espaço para determinação de regras em sentido material.

Percebe-se que o posicionamento inicial de Forte preenche da seguinte maneira as perguntas indicadoras da pesquisa

---

**Tabela 3 – Perguntas orientadoras – Apresentação do projeto**

---

*1. O parlamentar discorda ou concorda com o arranjo institucional vigente?*

O deputado discorda em parte com o arranjo vigente e pede por alterações na competência normativa das agências.

---

*2. O parlamentar discorda ou concorda com a legitimidade jurídica da Aneel para elaborar uma norma de interesse geral e aplicar intertemporalmente o comando legal de uso do sinal locacional para assegurar maiores encargos aos agentes que mais onerem o sistema de transmissão (art. 3º, XVIII, b, Lei 9.427/1996, inserido pelo art. 9º da Lei nº. 10.848/2004)? A resolução é uma norma primária com força de lei em sentido material?*

O deputado compreende que a Aneel legislou em sentido material ao aplicar o comando legal do uso do sinal locacional e abuso de sua prerrogativa.

---

*3. O parlamentar discorda ou concorda com a constatação de eventual conflito entre a legitimidade técnica da Aneel e sua vontade política nesse caso? Há alguma discordância do parlamentar com a decisão material da Aneel? O parlamentar acena para aspectos eleitorais regionais, setoriais ou socioambientais? Se sim, como os relaciona com a execução de política pública?*

O deputado acredita que, quando um assunto é político, deve ser tratado em seu mérito pelo Congresso. Há conflito, e ele julga que assim deve ser solucionado. O parlamentar discorda profundamente com a decisão material da Aneel e acena para aspectos regionais e setoriais, uma vez que seu estado, Ceará, é grande gerador de energia eólica e solar.

---

*4. O contexto de relacionamento institucional entre Aneel e Congresso Nacional influencia a decisão do parlamentar?*

O contexto influencia; o parlamentar chegou a alegar que a Aneel não gosta de receber críticas.

---

### **2.2.2. Plenário da Câmara dos Deputados**

Usualmente PDLs que propõem sustar atos normativos de agências reguladoras não avançam no processo legislativo federal. Porém, nesse caso, a baixa assimetria de informações em razão da deliberação da regra sobre o assunto disponibilizou ao Congresso

---

<sup>359</sup> Esse pensamento coaduna, inclusive, com visões na literatura, como CAVALCANTE, *op. cit.* p. 261.

contextualização sobre o assunto<sup>360</sup>. Nesse processo, não há desinformação, cujo custo geralmente é alto, mas eventual agregação marginal de valor ao processo de tomada de decisão institucional que se inicia na agência.

O processo legislativo da matéria foi abreviado em razão da aprovação do Requerimento de Urgência nº. 1.471/2022, que alterou o regime de tramitação do projeto para urgência o içou ao Plenário da Casa legislativa em 01º/11/2022. A urgência do regime de sua tramitação foi requerida em 25/10/2022. Inclusive, todos os PDLs aprovados na Câmara e que tramitam no Senado (como casa revisora) tiveram seu regime alterado (5 para urgência e 1 para prioridade) e tramitaram em menor tempo do que a média geral de tramitação de PDLs em razão do escape à discussão da proposição em comissões temáticas<sup>361</sup>.

Foi designado relator de Plenário o dep. Juscelino Filho (União/MA), atualmente licenciado e ministro das Comunicações em 08/11/2023, que apresentou parecer no mesmo dia alegando que “em que pesem as razões técnicas apresentadas pela agência reguladora, o fato é que os efeitos das resoluções têm natureza de política pública de competência do Congresso Nacional” no que se refere à alteração da geração de energia elétrica. Juscelino também ressaltou a desobediência às diretrizes aprovadas na MP 1.118/2022, “tornando clara a inversão dos papéis institucionais”.

O assunto é um claro processo de que os parlamentares perceberam que têm a incrementar na tomada de decisão e marca posição suficiente ao determinar marcadores de limites externos da autoridade e racionalidade das agências. É uma tentativa de redeterminação dos lugares institucionais da agência e do parlamento com base em uma análise dos benefícios marginais e custos de incrementos adicionais de supervisão jurídico-política da burocracia. Também é uma crítica política à atuação da agência, mas que discorda ou ignora que a decisão foi tomada decorrendo de lei formal que delegou competência a um órgão autônomo e somente pode ocorrer por este instrumento.

Nesse sentido, todos os discursos proferidos sobre o PDL no Plenário da Câmara dos Deputados tratam, de algum modo, da sobreposição institucional do Parlamento na construção da política regulatória.

**Tabela 4 – Posicionamentos dos parlamentares no Plenário da Câmara**

<b>Parlamentar</b>	<b>Teor do discurso</b>
Dep. Danilo Forte (União/CE) – 3 discursos no dia 1º/11/2022 <sup>362</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- O Congresso não pode autorizar que a Aneel mude uma linha de desenvolvimento regional e precisa fazer com que a agência entenda que as políticas públicas são decididas no Congresso.</li> <li>- “Nós precisamos exatamente fazer com que a ANEEL entenda que as políticas públicas se decidem é no Congresso Nacional” (p. 43).</li> <li>- Pediu a aprovação da urgência da tramitação do PDL 365/2022.</li> <li>- O Parlamento não pode deixar que a burocracia brasileira impeça esse crescimento.</li> <li>- “E o papel a que somos chamados de protagonismo nessa ação é novamente inserirmos na nossa pauta aquilo em que nós avançamos tanto: a regulação da geração distribuída da energia solar, a</li> </ul>

<sup>360</sup> NASCIMENTO, 2015, p. 318.

<sup>361</sup> JORDÃO *et. al.*, 2023, p. 21-22.

<sup>362</sup> <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020221102001840000.PDF>> é o link de acesso dos discursos da 143ª Sessão da Câmara dos Deputados, Deliberativa Extraordinária (Semipresencial), Matutina, da 4ª Sessão Legislativa Ordinária, da 56ª legislatura, em 1º de novembro de 2022.

	<p>viabilização dos parques híbridos, o fortalecimento inclusive de novas alternativas” (p. 44).</p> <p>- Se o Congresso quer avançar na pauta verde, precisa dar um basta a intromissões como essa, que “aviltam o papel constitucional e institucional do Congresso Nacional de inserir as normas das políticas públicas que precisam ser feitas no Brasil” (p. 44).</p> <p>- O Congresso não pode terceirizar a prerrogativa de definir política de desenvolvimento para a agência.</p> <p>- “Estamos dando ao Congresso a oportunidade de se afirmar como instituição legislativa capaz de produzir leis e normas para o País” (p. 58).</p>
<p>Dep. Danilo Forte (União/CE) – 3 discursos no dia 09/11/2022<sup>363</sup></p>	<p>- Milhares de empregos foram suspensos porque as resoluções da ANEEL trazem insegurança jurídica.</p> <p>- A inserção do sinal locacional inviabiliza os empreendimentos de energia renovável do Nordeste.</p> <p>- “Na relação institucional, quem tem a obrigação de fazer decisão política é o Congresso Nacional. Este é um momento de afirmação. É um momento, inclusive, de o Congresso Nacional se imbuir da tarefa do desenvolvimento do Brasil, da geração de emprego e de oportunidade para a juventude.”</p> <p>- Para o Brasil ser competitivo, “há de haver a compreensão de que o fórum adequado para discutir política pública é o Congresso Nacional”.</p>
<p>Dep. Danilo Forte (União/CE) – 1 discurso no dia 14/12/2022<sup>364</sup></p>	<p>- Os altos reajustes tarifários dos contratos de distribuição são inconsistentes com a redução tarifária alegada pela ANEEL como justificativa da implantação do sinal locacional.</p> <p>- “A ANEEL, na sua euforia de tentar substituir os desejos e os desígnios da representação popular do País, fazendo o planejamento e a política energética, comprova mais uma vez a sua incapacidade, inclusive, de ofertar ao País tarifas justas em um momento de tanta dificuldade que o povo atravessa.”</p> <p>- “Então, se nós não reagirmos em nome daqueles que nos colocaram aqui como seus representantes, não vamos poder ter a dignidade de fazer o enfrentamento.”</p>
<p>Dep. Danilo Forte (União/CE) – 1 discurso no dia 11/04/2023<sup>365</sup></p>	<p>- “Ninguém aqui defendeu a extinção das agências, como foi dito por alguns órgãos de comunicação. Ninguém aqui defendeu intervenção nem enfraquecimento das agências. Nós combatemos a cooptação das agências pelos grandes players do mercado. Nós combatemos essa postura nociva, antipolítica e antidemocrática do</p>

<sup>363</sup> <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020221110001890000.PDF>> é o link de acesso dos discursos da 143ª Sessão da Câmara dos Deputados, Deliberativa Extraordinária (Semipresencial), Matutina, da 4ª Sessão Legislativa Ordinária, da 56ª legislatura, em 1º de novembro de 2022.

<sup>364</sup> <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020221110001890000.PDF>> é o link de acesso dos discursos da 149ª Sessão da Câmara dos Deputados, Deliberativa Extraordinária (Semipresencial), Vespertina, da 4ª Sessão Legislativa Ordinária, da 56ª legislatura, em 9 de novembro de 2022.

<sup>365</sup> <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020230412000620000.PDF>> é o link de acesso dos discursos da 44ª Sessão da Câmara dos Deputados, Deliberativa Extraordinária (Semipresencial), Vespertina, da 1ª Sessão Legislativa Ordinária, da 57ª Legislatura, em 11 de abril de 2023.

	diretor HÉlvio Guerra (que disse que o Congresso é uma casa de lobbies, que não só macula a imagem do Parlamento brasileiro, mas também agride a democracia”.
Dep. Danilo Forte (União/CE) – 1 discurso no dia 15/08/2023 <sup>366</sup>	- Defendeu a aprovação do projeto no Senado.
Dep. Fernanda Melchionna (PSOL/RS) 2 discursos no dia 01/11/2022	- O PDL corrige injustiças com Estados mais vulneráveis e com a desconsideração da “política nacional de expansão da matriz energética, com vistas à redução das desigualdades regionais, à máxima eficiência energética e ao maior benefício ambiental” (a deputada utilizou os termos contidos na emenda à MP 1.118/2022; p. 59). - A resolução dificulta a expansão do parque gerador, por isso o PDL precisava ser aprovado.
Dep. Hildo Rocha (MDB/MA) – 1 discurso em 01/11/2022	- Percebe que a ANEEL extrapola seu poder delegado por lei ao decidir prejudicar regiões que mais produzem energia no país (p. 57). - Concorda que o PDL foi bem organizado na técnica legislativa.
Dep. Juscelino Filho (União/MA) – 1 discurso em 09/11/2022	- Leu seu relatório e, ao fim, defendeu que a ANEEL “atropelou todo esse trabalho feito nesta Casa” (p. 93).
Ex-dep. Paulo Ganime (Novo/RJ) – 1 discurso em 09/11/2022	- Indica problema principiológico do PDL ao buscar sustar assunto de competência da ANEEL (p. 98) e alega que muitos que são contrários quando “o Judiciário quando o STF usurpa as nossas competências para fazer algo contra aquilo que acreditamos” a questionaram na deliberação do PDL.
Ex-dep. Perpétua Almeida (PCdoB) – 1 discurso em 09/11/2022	- Alegou que algumas decisões da ANEEL não ajudam os consumidores do Brasil, como os valores de conta de energia e manifestou-se favorável a derrubar as decisões da ANEEL impugnadas pelo PDL (p. 97).
Dep. Samia Bomfim (PSOL/SP) – 1 discurso em 09/11/2022	- As decisões impugnadas não levam em conta o consumidor, a expansão regional em regiões menos desenvolvidas e os impactos ambientais da expansão da rede elétrica (p. 97) - Defendeu avanços de regras consumeristas sobre preços abusivos no setor elétrico.
Dep. Átila Lira (PP/PI) – 1 discurso em 09/11/2022	- Orientou voto favorável da bancada do PP e disse que o PDL enquadra “estas agências reguladoras, que dão muitos problemas ao País, sobretudo com relação à energia elétrica” (p. 96).

<sup>366</sup> Não está disponível a íntegra do acesso dos discursos da 141ª Sessão da Câmara dos Deputados, Deliberativa Extraordinária (Semipresencial), Matutina, da 1ª Sessão Legislativa Ordinária, da 57ª legislatura, em 15 de agosto de 2022. De todo modo, é possível acessar o discurso do deputado na sessão referida em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_discursos?idProposicao=2335844&nm=Danilo+Forte&p=UNI%C3%83O&uf=CE#](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_discursos?idProposicao=2335844&nm=Danilo+Forte&p=UNI%C3%83O&uf=CE#)>.

Uma corrente defende que as agências produzem por vezes leis em sentido amplo, com mandamentos amplos e gerais, e devem ao menos manter diálogo com o Congresso ou ter sua atividade normativa controlada por ele (Deputados Danilo Forte, Juscelino Filho e Hildo Rocha). Outra corrente manifestou-se pela discordância meritória do projeto (Dep. Fernanda Melchionna e ex-dep. Perpétua Almeida). Já uma corrente menor é contrária ao controle político posterior da atividade normativa (Dep. Paulo Ganime). Houve quem defendeu inclusive mudanças, sem detalhes, da relação com as agências reguladoras (Dep. Átila Lira). O projeto foi aprovado na sessão extraordinária do Plenário da Câmara do dia 09/11/2022 por 210 favoráveis e 71 contrários. Apenas as bancadas do PL e do Novo orientaram voto contrário.

Vejamos as respostas das perguntas orientadoras nessa etapa.

---

### **Tabela 5 – Perguntas orientadoras – Plenário da Câmara**

---

#### *1. Os parlamentares discordam ou concordam com o arranjo institucional vigente?*

Apenas Átila Lira (PP/PI) seguiu uma discordância mais contundente com o arranjo institucional.

---

#### *2. Os parlamentares discordam ou concordam com a legitimidade jurídica da Aneel para elaborar uma norma de interesse geral e aplicar intertemporalmente o comando legal de uso do sinal locacional para assegurar maiores encargos aos agentes que mais onerem o sistema de transmissão (art. 3º, XVIII, b, Lei 9.427/1996, inserido pelo art. 9º da Lei nº. 10.848/2004)? A resolução é uma norma primária com força de lei em sentido material?*

Apenas Paulo Ganime (Novo/RJ) discordou da força de lei das resoluções impugnadas.

---

#### *3. Os parlamentares discordam ou concordam com a constatação de eventual conflito entre a legitimidade técnica da Aneel e sua vontade política nesse caso? Há alguma discordância dos parlamentares com a decisão material da Aneel? Os parlamentares acenam para aspectos eleitorais regionais, setoriais ou socioambientais? Se sim, como os relaciona com a execução de política pública?*

Apenas Paulo Ganime (Novo/RJ) concordou com o teor das resoluções impugnadas.

---

#### *4. O contexto de relacionamento institucional entre Aneel e Congresso Nacional influencia a decisão do parlamentar?*

O contexto influenciou bastante; houve quem citasse casos anteriores ou defendesse um freio de arrumação à Aneel.

---

## **2.3. Tramitação no Senado Federal**

O projeto foi recebido no Senado em 11/11/2022 e distribuído às Comissões de Serviços de Infraestrutura (CI) e de Constituição e Justiça (CCJ) em 16/03/2023, com apreciação do Plenário. Antes da distribuição às comissões, foram apresentados dois requerimentos de redistribuição do projeto às Comissões de Assuntos Econômicos (CAE), REQ n. 743/2023, ainda não deliberado, e à CI, REQ n. 744/2023, ambos de autoria do

senador Luis Carlos Heinze (PP/RS); é sabido que o pedido de redistribuição é uma prática do processo legislativo utilizada para dilatar a tramitação de um projeto e permitir a incidência política em favor de uma pauta defendida. Este último foi aprovado de ofício pelo Presidente do Senado, Rodrigo Pacheco (PSD/MG),

### 2.3.1. Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal

O PDL chegou à CI em 16/03/2023, na qual foi pauta de audiência pública e reuniões deliberativas e foi aprovado no dia 24/10/2023. Vejamos a tramitação do projeto na Comissão de Infraestrutura do Senado.

#### 2.3.1.1. Audiência pública (05/07/2023)

A audiência foi realizada a pedido do senador Luís Carlos Heinze (PP/RS) e recebeu representantes da Aneel, da sociedade civil e do Congresso Nacional. Fizeram uso da palavra o deputado Danilo Forte e os senadores. Destaco abaixo os pontos elementares dos posicionamentos dos parlamentares.

**Tabela 6 – Posicionamentos dos parlamentares em audiência pública**

<b>Parlamentar</b>	<b>Teor do discurso</b>
Dep. Danilo Forte (União/CE)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Não houve nem haverá baixa tarifária com a resolução do sinal locacional (razão de segunda ordem da ANEEL para justificá-la);</li> <li>- Financiar todo projeto de geração com prêmio de risco de investimento indexado na taxa de juros para suportar a flutuação da tarifa de transmissão inviabilizará (sua razão de segunda ordem);</li> <li>- O PDL tem embasamento legal porque houve abuso de autoridade.</li> <li>- Encarecer a energia no país mina sua vantagem competitiva.</li> <li>- A delegação do assunto feita à Aneel foi “em cima do momento em que está sendo feita a regulação, mas não a definição de política pública”. Sinal locacional em 2004, quando foi criado, fazia sentido para alavancar geração termelétrica no Sul e Sudeste.</li> <li>- “Também é preciso colocar que a Lei 10.848, em perspectiva, no momento é a norma que foi publicada. O sistema elétrico nacional tinha acabado de enfrentar um período de severa escassez hídrica, e o poder público tinha a intenção de incentivar a implantação de usinas termelétricas próximas aos centros consumidores, que era o Programa Prioritário de Termelétricas (PPT).” (p. 17).</li> <li>- A mudança do sinal locacional é uma política pública de desenvolvimento definida pelo Congresso.</li> <li>- “Não cabe à Aneel implementar política pública nem diretriz de Governo Federal. Não cabe a ela fazer política pública; cabe ao Congresso Nacional e ao Poder Executivo. Não houve nenhuma solicitação recente nem do Ministério de Minas e Energia, nem do Congresso Nacional, nem do Poder Executivo, com relação ao pedido de atualização desse sinal locacional que foi feito recentemente e abruptamente.” (p. 16).</li> <li>- “Eu participei de uma audiência pública (na Aneel). É um teatro de quinta categoria, porque só se escuta quem se quer e, muitas vezes, não se levam em consideração os pareceres jurídicos dados pelas</li> </ul>

	<p>próprias agências” (p. 16-17).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- “Nós temos a intenção de questionar a importância e o papel das agências reguladoras, que, aparentemente, não gostam de ser questionadas” (p. 17).</li> <li>- Como contra-ataque político, alegou suposta irregularidade em licitação de transmissão organizada pela Aneel.</li> </ul>
Sen. Luís Carlos Heinze (PP/RS)	- Defendeu a lisura da Aneel no processo licitatório e a discussão e rejeição do PDL.
Sen. Jayme Campos (União/MT)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Defendeu uma revisão do setor elétrico em razão dos sucessivos ajustes e do alto custo da energia no país.</li> <li>- Alegou que a Aneel precisa ter critério sobre o assunto porque também é político, porque existe cobrança da sociedade.</li> <li>- Defendeu a aprovação do mérito do projeto.</li> </ul>

### 2.3.1.2. Apresentação de parecer e votos em separado

Após a apresentação do parecer pelo relator, senador Otto Alencar (PSD/BA), foram apresentados 2 (dois) votos em separado<sup>367</sup> pelos senadores Jader Barbalho (MDB/PA) e Luis Carlos Heinze (PP/RS).

Alencar apresentou um primeiro parecer breve, mas depois o alterou com outro mais extenso, em 06/07/23, com foco em evidenciar exorbitância do poder regulamentar em razão de (i) a intensificação do sinal locacional ser uma política pública além da competência da ANEEL por tratar de desenvolvimento social, emprego, distribuição de renda e mudança climática e (ii) o afastamento de uma TUST estável ter sido realizada sem AIR ao custo global de energia.

Barbalho centrou sua defesa contrária à aprovação do projeto e do parecer do relator com base (i) na inexistência de impactos tarifários ao estado do Pará, o qual é representante, e à Região Norte e (ii) na insegurança jurídica causada pela falta de regras tarifárias de transmissão com a possível promulgação de decreto legislativo que converta o PDL 365/2022 em ato normativo.

Já Heinze deslocou sua defesa para um aspecto político e econômico do processo legislativo: a defesa de interesses, ressaltada em seu 1º voto em separado pela rejeição do projeto, apresentado em 29/08/2023, mas cujo ponto foi retirado em razão da polêmica causada – ponto à frente tratado – no seu 2º voto, apresentado apenas para retirar o assunto, em 04/10/2023. A questão levantada pelo senador Heinze merece atenção e cautela em mesma medida. Não há ilicitude tampouco imoralidade ou desonestidade ao referir que um parlamentar guia sua decisão pelo autointeresse. Os parlamentares buscam maximizar seus interesses, em uma tendência econômica da escolha pública; não se trata de corrupção ou má intenção<sup>368</sup>. Políticos elaboram decisões coletivas que convirjam com as preferências do eleitor médio<sup>369</sup> ou as demandas de lobistas e burocratas com vistas a maximizar chances de reeleição<sup>370</sup>. Percebe-se *uma relação circular de mútua interdependência no funcionamento do governo em uma democracia*: governos planejam ações para agradar eleitores, e eleitores

<sup>367</sup> O voto em separado pode ser apresentado por algum membro da comissão que não concorde com o relatório apresentado pelo relator designado. Instrumento previsto no art. 132, § 6º, I, RISF.

<sup>368</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 300.

<sup>369</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 309.

<sup>370</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 310.



decidem como votar com base nas ações governamentais<sup>371</sup>. Eleitores, no caso, concorrem, ainda, com ações para conquistar votos estratégicos de grupos de interesse<sup>372</sup>.

### **2.3.1.3. Reunião deliberativa (26/09/2023)**

O PDL 365/2022 estava inserido como 1º item da pauta deliberativa. O senador Otto Alencar (PSD/BA), relator da matéria, leu seu parecer e registrou ao fim que se sentiu desrespeitado com a questão levantada pelo voto em separado do senador Heinze. Alencar percebe que o argumento do senador “leva para um lado de suspeição”. O projeto não foi discutido após pedido de vista pelo senador Esperidião Amin (PP/SC).

### **2.3.1.4. Audiência pública (05/10/2023)**

A audiência pública ocorrida no 05/10/2023 recebeu o diretor-geral da Aneel, Sandoval Feitosa, que ressaltou a relevância da necessidade de atuação estratégica em defesa das agências no diálogo regulatório, como angariar apoio anterior à edição de normas<sup>373</sup>, em uma tentativa de integrar política e técnica no processo decisório<sup>374</sup> para chegar à uma solução de compromisso. No que se refere à instituição cuja norma é impugnada pelo projeto ora estudado, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), é interessante ressaltar que há traços dessa compreensão de participação na construção de uma boa vida para a população, bem como os limites dessa atuação, no mais recente comparecimento do diretor-geral da agência, Sandoval Feitosa, ao Senado Federal. Na audiência pública realizada no dia 05/10/2023, o diretor apresentou os trabalhos da autarquia nos reajustes tarifários de áreas de concessão de distribuição de energia elétrica na Região Norte, os quais têm registrado altos números em razão da necessidade de remuneração da necessária expansão dos ativos de distribuição nos estados, que não foram desenvolvidos da maneira necessária para garantir acesso à energia por uma série de razões políticas e econômicas. Ao se dirigir aos senadores sobre o mérito do PDL 365/2022, Sandoval destacou um ponto que não havia antes sido citado: a aprovação do projeto alterará a cobrança tarifária de transmissão de energia e levará ao aumento tarifário em 18 estados, incluindo Pará e Amapá, estados cujos representantes têm participado mais ativamente em discordância aos números propostos pela agência no processo de reajuste. Vale observar os próximos passos da tramitação para perceber se essa nova informação gerará algum ganho informacional a ponto de levar os senadores a se posicionarem contrários ao projeto – na CI, isso não se verificou, como veremos a seguir.

### **2.3.1.5. Reunião deliberativa (24/10/2023)**

O projeto foi aprovado na reunião do dia 24/10/23<sup>375</sup> da CI, sem antes ensejar um debate profícuo na comissão. Destaco abaixo os pontos elementares de cada posicionamento:

---

<sup>371</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 310.

<sup>372</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 314.

<sup>373</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 147.

<sup>374</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 148.

<sup>375</sup> É possível acessar as notas taquigráficas da 44ª Reunião da Comissão em <[54](https://legis.senado.leg.br/escriva-servicosweb/reuniao/pdf/12005?_gl=1*8y499o*_ga*NzU3MTA0NTYxLjE2Mzk2OTA3MDY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMjE1MzE0Ni42NC4xLjE3MDIxNTU2NDQuMC4wLjA></a>>.</p></div><div data-bbox=)

**Tabela 7 – Posicionamentos dos parlamentares em reunião deliberativa**

<b>Parlamentar</b>	<b>Teor do discurso</b>
Sen. Luis Carlos Heinze (PP/RS)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Pediu aos senadores que separem os problemas que tem com companhias estaduais e esse projeto.</li><li>- Entende que “o Congresso não pode sustar uma decisão de um colegiado que é a Aneel”, ao mesmo que disse que “não é a favor da Aneel” (p. 2).</li><li>- Defendeu o mérito do sinal locacional quanto à questão de importar e exportar energia entre regiões.</li></ul>
Sen. Augusta Brito (PT/CE)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Enquanto representante da liderança do governo no Congresso, encaminhou voto contrário ao relatório, sem explicações detidas.</li><li>- Depois liberou a bancada e pediu que sejam feitos acordos na CCJ ou no Plenário sobre o projeto.</li></ul>
Sen. Cid Gomes (PDT/CE)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Defendeu que fontes renováveis sejam incentivadas por políticas públicas e alegou que a mudança da Aneel foi “na calada da noite” (p. 4).</li><li>- Apontou que a lógica do sinal locacional é de incentivar a concentração de renda.</li></ul>
Sen. Marcos Rogério (PL/RO)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Adotou uma posição intermediária ao defender a aprovação do mérito e a inconstitucionalidade, a ser discutida na CCJ.</li><li>- Concorda que as resoluções impugnadas oneram pequenos consumidores.</li><li>- “As leis foram estabelecidas pelo Congresso Nacional, Câmara, Senado e sanção presidencial. Então, se a lei dá esse encaminhamento, não pode o Legislativo, por via diversa do devido processo legislativo, desautorizar algo que o regulador estabeleceu em cumprimento da lei. Mas essa é uma matéria que nós vamos avaliar no âmbito da CCJ”. (p. 5).</li></ul>
Sen. Otto Alencar (PSD/BA)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Pediu reavaliação do encaminhamento do governo e ressaltou que o projeto estimula a produção de energia renovável.</li></ul>
Sen. Alan Rick (União/AC)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Tomou posição semelhante à do senador Marcos Rogério e ressaltou que, em razão de características de interligação de rede, Acre e Rondônia consomem energia vinda do Sudeste e registaram leves aumentos de TUST após as resoluções.</li></ul>
Sen. Jayme Campos (União/MT)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Declarou que há uma “política nefasta da própria Aneel, porque é uma verdadeira caixa-preta o que existe lá na Aneel. Ninguém tem acesso a coisíssima alguma, é pela cabeça dos senhores diretores, que muitas vezes não têm compromisso com a sociedade, sobretudo com os menos favorecidos, os mais pobres deste país” (p. 8).</li><li>- Disse que é contra a política da Aneel há anos e defendeu que o Congresso faça um freio de arrumação na agência porque “não dão satisfação” (p. 9).</li><li>- “Nós não apitamos nada em relação à Aneel. Nós temos que fazer valer o nosso mandato aqui e cobrar da Aneel as providências que se requerem.” (p. 9).</li></ul>
Sen. Daniella Ribeiro (PSD/PB)	<ul style="list-style-type: none"><li>- Ressaltou seu apoio ao PDL e a mobilização de Danilo Forte para “com todos aqueles envolvidos, diretamente, na questão da energia, seja com o nosso Ministro de Minas e Energia, Alexandre Silveira, seja com Governo, com a própria Aneel, todas as instâncias</li></ul>

	necessárias para construir esse projeto, que vem para tratar de desenvolvimento para as regiões, eu diria, mais necessitadas do nosso país” (p. 10).
--	--

Nesse caso, é possível perceber o seguinte preenchimento das perguntas orientadoras.

### **Tabela 8 – Perguntas orientadoras – Comissão de Serviços de Infraestrutura**

#### *1. Os parlamentares discordam ou concordam com o arranjo institucional vigente?*

Apenas Jayme Campos (União/MT) seguiu por uma discordância mais contundente.

#### *2. Os parlamentares discordam ou concordam com a legitimidade jurídica da Aneel para elaborar uma norma de interesse geral e aplicar intertemporalmente o comando legal de uso do sinal locacional para assegurar maiores encargos aos agentes que mais onerem o sistema de transmissão (art. 3º, XVIII, b, Lei 9.427/1996, inserido pelo art. 9º da Lei nº. 10.848/2004)? A resolução é uma norma primária com força de lei em sentido material?*

Alan Rick (União/AC), Luis Carlos Heinze (PP/RS), Marcos Rogério (PL/RO) concordam com a legitimidade jurídica. Pela parte discordante, Jayme Campos (União/MT) pontuou que a Aneel precisa ter critério sobre o assunto porque também é político. A maior parte concorda com o teor político do assunto.

#### *3. Os parlamentares discordam ou concordam com a constatação de eventual conflito entre a legitimidade técnica da Aneel e sua vontade política nesse caso? Há alguma discordância dos parlamentares com a decisão material da Aneel? Os parlamentares acenam para aspectos eleitorais regionais, setoriais ou socioambientais? Se sim, como os relaciona com a execução de política pública?*

Apenas Luis Carlos Heinze (PP/RS) concordou com o teor das resoluções impugnadas.

#### *4. O contexto de relacionamento institucional entre Aneel e Congresso Nacional influencia a decisão do parlamentar?*

O contexto influenciou como nas outras etapas; houve quem citasse um freio de arrumação à Aneel como solução.

### **2.3.2. Próximos passos**

Até a elaboração desta monografia, o projeto aguarda designação de relatoria na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado.

## **CAPÍTULO 3. RESULTADOS: UMA MATRIZ DE VISÕES SOBRE A LEGITIMIDADE TÉCNICA**

Pois bem, o capítulo 2 enveredou no processo legislativo do PDL 365/2022 para encaminhar resultados a serem consolidados no capítulo 3 e discutidos nesse e no capítulo 4, no qual também serão encaminhadas recomendações para pesquisas futuras.

A atuação individual de parlamentares na interação com a agência<sup>376</sup> motivados por fatores regionais e, quando for o caso, ideológicos<sup>377</sup> pautou esse episódio de controle político posterior da atividade normativa da Aneel por meio da apresentação de um projeto de decreto legislativo. Houve quem não tenha adotado uma interpretação ou visão específica nas disputas institucionais entre agência e parlamento, mas posicionou-se ao menos com o voto em comissão ou Plenário. De todo modo, em razão do objetivo do trabalho, pretende-se extrair conclusões em uma matriz de visões sobre a legitimidade técnica das agências. Nesse sentido, as interpretações sobre a legalidade das resoluções impugnadas podem ser descritas nas seguintes opções:

**1. As resoluções impugnadas são formal e materialmente ilegais;**

Posição adotada por 68,75% dos parlamentares<sup>378</sup> que manifestaram-se em discurso.

**2. As resoluções impugnadas são formalmente legais, mas materialmente ilegais; e**

Posição adotada por 12,5% dos parlamentares<sup>379</sup> que manifestaram-se em discurso.

**3. As resoluções impugnadas são formalmente e materialmente legais.**

Posição adotada por 18,75% dos parlamentares<sup>380</sup> que manifestaram-se em discurso.

A matriz resultante desses posicionamentos traduz as escolhas parlamentares quanto à legitimidade das agências reguladoras para formulação de políticas, no contexto de responsividade democrática, encaminhando 3 diferentes visões sobre a legitimidade das agências reguladoras a partir da tramitação do PDL 365/2022:

**a) As agências reguladoras não apresentam legitimidade normativa para editar atos gerais;**

Os proponentes da interpretação (1) e visão (a) estão em maioria numérica no processo legislativo. É difícil compor um padrão de comportamento desse núcleo em sua inteireza, mas pode-se destacar justificativas que englobam aderentes a essa visão:

- i) Discordância ideológica com preferência pela redistribuição de competências;
- ii) Interesse político-eleitoral; e
- iii) Efeito carona no processo legislativo.

Os parlamentares julgaram que o assunto, embora regulatório, é intrinsecamente político e fora da competência da Aneel e precisa de accountability representativa<sup>381</sup>. Trata-se de um grupo legislativo de pressão pela repolitização de assuntos tidos tecnocráticos. Percebe-se que esses parlamentares escolheram, no conteúdo, ser responsáveis<sup>382</sup> a assuntos

---

<sup>376</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 874.

<sup>377</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 874.

<sup>378</sup> Deputados Danilo Forte (União/CE), Fernanda Melchionna (PSOL/RS), Hildo Rocha (MDB/MA), Juscelino Filho (União/MA), Perpétua Almeida (PCdoB/AC), Sâmia Bonfim (PSOL/SP) e Átila Lira (PP/PI) e senadores Jayme Campos (União/MT), Cid Gomes (PDT/CE), Otto Alencar (PSD/BA) e Daniella Ribeiro (PSD/PB).

<sup>379</sup> Senadores Alan Rick (União/AC) e Marcos Rogério (PL/RO).

<sup>380</sup> Ex-deputado Paulo Ganime (Novo/RJ) e senadores Luis Carlos Heinze (PP/RS) e Augusta Brito (PT/CE).

<sup>381</sup> SEIDENFELD, 2013, p. 1.413.

<sup>382</sup> KRAUSE, 2013, p. 112.

socioambientais, mas, na forma, decidiram não alterar a prescrição legal do sinal locacional e atacar as resoluções mencionadas. De alguma forma buscaram atender a demandas de seus eleitores, na esteira da relação entre eleitores (principais) e políticos (agentes) na democracia representativa<sup>383</sup>, para alinhar as preferências do eleitor e o local de formulação de políticas públicas.

De toda forma, os posicionamentos de quem apresenta esta visão refletem um equilíbrio reativo entre os valores esperados das políticas e a assimetria de informações com a agência<sup>384</sup>. A falta de expertise e de participação deliberativa na decisão infralegal não impediu o engajamento no tema dos adeptos da visão 1; uma razão pode ser o recebimento futuro de dividendos políticos<sup>385</sup> por apoiar uma pauta (a de energias renováveis).

Uma agência pode fomentar a deliberação e o consenso na elaboração das regras, fazer determinações factuais, prever alternativas de decisão viáveis e adotar o resultado indicado pela perspectiva legal<sup>386</sup>. Já o papel da política na tomada de decisão regulatória é garantir que as regras conjuguem os interesses de todas as partes envolvidas e sigam um processo decisório democrático<sup>387</sup>. A construção regulatória brasileira já obriga as agências a depender da visão política, manifestada legalmente, para justificar suas escolhas, sob pena de incorrer em ilegalidade e serem cabíveis controles jurídicos por parte da política e da justiça.

A tensão entre burocracia e parlamento traduz a contradição entre burocracia e parlamento no sentido em que o poder de criar regras jurídicas de instituições e serviços imprescindíveis, como moeda e energia, fica a cargo de um corpo tecnocrata especializado, e não com os políticos eleitos<sup>388</sup>. Esse desgaste é implicação do contexto do papel de configurações centrais do Estado Administrativo, transplantadas parcialmente ao Brasil, em democracias representativas. Este grupo também reivindica para si, legitimamente, a defesa dos interesses gerais da população quanto ao assunto e acusa a Aneel de caminhar em sentido contrário ao interesse público. O processo de avocação política da escolha regulatória tem exigido um realinhamento da Aneel com o parlamento para que suas decisões reflitam a vontade do corpo político<sup>389</sup>. Porém, é uma conformidade incompatível com as preferências (tarifárias) do eleitorado, que desemboca em uma ilusão da responsividade democrática<sup>390</sup>. Porém, como o custo político é transferido para a agência, seus atos que são colocados em discussão e acabam por ser analisados pela ótica de alinhamento com os interesses políticos dos eleitores. Ao fim e ao cabo, os interesses sociais não são refletidos em ações tomadas pela burocracia em razão de direções contraditórias dadas pelos políticos eleitos. O funcionamento do estado administrativo em uma democracia representativa depende também da qualidade da direção e do monitoramento do comportamento de agentes burocráticos pelos representantes eleitos<sup>391</sup>.

A atuação contrária à decisão da agência também pode corresponder a uma ação de alarme político de incêndio<sup>392</sup> e não necessariamente à discordância com a agência com raízes ideológicas, mas para policiar o exercício das competências do Poder Executivo<sup>393</sup>. De todo

---

<sup>383</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 112.

<sup>384</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 114.

<sup>385</sup> SEIDENFELD, *op. cit.*, p. 1.423.

<sup>386</sup> SEIDENFELD, *op. cit.*, p. 1.446.

<sup>387</sup> SEIDENFELD, *op. cit.*, p. 1.445.

<sup>388</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 218.

<sup>389</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 118.

<sup>390</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 118.

<sup>391</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 118.

<sup>392</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 874.

<sup>393</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 874.

modo, há deputados que adotam essa conduta e apresentam discordância ideológica, conduzindo um comportamento de supervisão ainda mais criterioso<sup>394</sup>, como faz o autor do PDL, deputado Danilo Forte. Há também que participe da supervisão por julgar a política equivocada, em um movimento de avocação da política regulatória por avaliação material<sup>395</sup> desta, como demonstra ser a justificção do relator do PDL no Plenário da Câmara, deputado licenciado Juscelino Filho.

Os “inimigos implícitos”<sup>396</sup> geralmente são mais suscetíveis em discordar de decisões da agência impugnada, apresentam preferências parecidas com as de seus eleitores<sup>397</sup> que são afetados pela decisão impugnada e têm mais a ganhar com o processo de supervisão<sup>398</sup>. Inclusive aparentes conflitos ideológicos podem ser sinais políticos para a base, mas que não se traduz em relações privadas com a agência, quando as preocupações referem-se mais a pormenores da implementação em vez de conflitos políticos<sup>399</sup>.

Defensores dessa visão também criticam a falta de mecanismos de diálogo institucional, como compartilhamento de informações das agências junto ao Congresso Nacional.

O custo de expor a divergência decresceu em comparação ao benefício<sup>400</sup>, e a atuação pró-PDL foi um comportamento congressista médio da atuação dos deputados federais em Plenário. O custo de oportunidade de supervisionar de tal maneira uma agência faz alocar ações e deliberações em torno de temas selecionados<sup>401</sup>. Na esteira da justificção eleitoral, deputados e senadores postam em redes sociais, pedem crédito pela atuação e acenam para suas bases eleitorais<sup>402</sup>. Outro fator de atuação em processos de supervisão agencial é a participação do parlamentar em comissão temática<sup>403</sup>, funcionando como um *gatekeeper* com habilidade de formar coalizões deliberativas. Trata-se de um controle ideológico e de preferência política direcionado por parlamentares cujas bases eleitorais podem se beneficiar da revogação da resolução<sup>404</sup>.

Existem outras justificção possíveis, como sinais públicos de atuação, tornando ainda mais complexo isolar fatores teóricas que componham um perfil de alarme político de incêndio<sup>405</sup>. Trata-se de um controle de justificções difusas<sup>406</sup>, mas agregadas em torno de um núcleo de entendimento comum.

A legitimidade da Aneel passou a ser questionada por que não pôde resolver problemas tarifários, na medida em que a burocracia tem legitimidade quando resolver problemas sociais<sup>407</sup>. Discussões sobre preços e tarifas de serviços regulados envolvem aspectos distributivos da política regulatória<sup>408</sup>. Intervir diretamente nesse assunto acarreta a

---

<sup>394</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 874.

<sup>395</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 875.

<sup>396</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 876.

<sup>397</sup> Ao serviço das preocupações limitadas de alguns eleitores, como ressalta LOWANDE, *op. cit.*, p. 887.

<sup>398</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 876.

<sup>399</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 877.

<sup>400</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 875.

<sup>401</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 876.

<sup>402</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 876.

<sup>403</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 875.

<sup>404</sup> Ao ressaltar esse ponto, não deslegitimo esse processo, afinal é obviamente uma estratégia parlamentar, inclusive eleitoralmente acertado.

<sup>405</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 875.

<sup>406</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 888.

<sup>407</sup> WHITE e NEBLO, 2021, p. 174.

<sup>408</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 124.

produção de valores falsos e instabilidade regulatória<sup>409</sup>, mas o consumo doméstico generalizado dos serviços públicos sugere que seus custos estarão continuamente sujeitos a considerações políticas<sup>410</sup>. Mesmo que os órgãos regulados justifiquem por meio de fundamentos técnicos, custos de serviços públicos ou privados regulados são politizados em razão do efeito distributivo econômico<sup>411</sup>. Porém, a discussão sobre a garantia de fixação tarifária por reguladores incide em cenários de flutuação de preços que acabam por ser externos à atuação política.

No caso do sinal locacional, assim como na geração distribuída (GD) e em vários outros no setor elétrico, trata-se da persistência de política, exemplo de Stephen Coate e Stephen Morris ressaltado por Felipe Romero (2022, p. 143-144), que consiste no contexto em que grupos de pressão beneficiados por subsídios econômicos engajam para mantê-los ou expandi-los. O conflito distributivo no caso do PDL 365/2022 é diferente do percebido na geração distribuída porque não há grupos de pressão organizados como há na disputa entre distribuidoras e empresas de GD em relação à extensão dos subsídios criados pela Lei nº. 14.300/2022, legislação percebida por Felipe Romero como uma avocação política do Congresso Nacional a uma provável vindoura escolha regulatória de revisão, sinalizada em 2019, dos subsídios criados pela REN n.º. 418/2012, elaborada pela Aneel para o segmento de GD. Mas há uma semelhança entre o caso da GD e do sinal locacional: a presença de uma análise de impacto regulatório robusta<sup>412</sup> para justificar a alocação do critério locacional na composição tarifária do uso do sistema de transmissão. Porém, sabe-se que recorrer à técnica é ponto residual frente à característica política do conflito<sup>413</sup>, ponto que levanta o questionamento de como aprimorar a influência das contribuições técnicas ao debate parlamentar pelo prisma da conveniência política<sup>414</sup>.

Em uma democracia representativa, o funcionamento do estado administrativo não se trata apenas de quão bem um principal político é capaz de dirigir e monitorar o comportamento de um agente burocrático, mas também da extensão em que os interesses políticos dos eleitores são refletidos em ações políticas tomadas por funcionários governamentais eleitos ou não eleitos. Os parlamentares alegam que a Aneel não serve ao interesse público e foi capturada pela indústria elétrica, seguindo uma compreensão de maiores vantagens a grupos de interesse para influenciarem o processo decisório, além do problema da porta giratória, na esteira do problema da vantagem informacional expressada na teoria da escolha pública<sup>415</sup>. Nesse sentido, os deputados buscam elaborar um reposicionamento da alocação de autoridade administrativo-constitucional sobre a formulação da política regulatória em um processo de tensão pela expansão do escopo do Poder Legislativo derivada tanto de uma acusação de ilegitimidade ou de uma situação pontual de não correspondência da regulação com os incentivos eleitorais do político. Afinal “a mera contestação não significa que exista uma crise de legitimação em relação ao público em geral e ao Estado administrativo no seu conjunto”<sup>416</sup>. É importante dar o devido espaço da

---

<sup>409</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 125.

<sup>410</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 126.

<sup>411</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 141.

<sup>412</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 144.

<sup>413</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 146.

<sup>414</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 147.

<sup>415</sup> SEIDENFELD, *op. cit.*, p. 1.408.

<sup>416</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 174.

discordância ideológica na interação Congresso-agência, mas sem superestimar um processo legislativo facilmente desencadeado por avaliação da política<sup>417</sup>.

Obviamente é um grupo com características de visão múltiplas e presença de diversos incentivos políticos que instam legisladores a lidar com a complexidade e encontrar tempo para ação, na esteira de uma análise econômica do processo legislativo<sup>418</sup>. Em certos casos há tentativa de troca da governança regulatória para ações de curto prazo por parlamentares<sup>419</sup>, nem sempre motivada por retirar força da governança; é necessário observar a razão da contestação<sup>420</sup>. De todo modo, existe crise de legitimidade para uma agência quando suas políticas sofrem intensa resistência; o estado administrativo é o campo de batalha<sup>421</sup>. Havendo discordância valorativa profunda e politizada, o conflito está armado. Parece, então, que o Estado administrativo poderá ter de tratar a legitimidade como o tempo: como algo que acontece às agências independentemente do seu próprio comportamento<sup>422</sup>. O problema é de déficit deliberativo democrático em razão de uma politização pelo caminho errado. A escolha tecnocrata nem sempre é pauta na razão prática de eficiência em meio à necessidade política<sup>423</sup>. Trata-se da racionalidade técnica do poder descrita por Jürgen Habermas<sup>424</sup>: o processo decisório da agência é baseado na técnica, não mais na política, e traz desconfiança aos políticos, que têm menor chance de conseguir acessar diretamente o âmbito deliberativo<sup>425</sup>. Uma área da coordenação institucional deixa aos poucos de ter legitimidade política<sup>426</sup>, o que pode levar à falta de assunto a se deliberar pela racionalidade política, à polarização afetiva e à ininteligibilidade mútua<sup>427</sup>. Para melhorar, o estado administrativo precisaria de uma reforma, sem deixar a escolha tecnocrata, para adicionar soluções deliberativas democráticas especificamente<sup>428</sup>.

Porém, pensando com Vermeule (2016, p. 210), será que parlamentares aceitaram a delegação legislativa por completo? Eles podem alterar a intensidade da abdicação por meio de sustações, mudanças de regras e práticas institucionais de controle externo legislativo, em uma variedade de atuações desconcertantes do cenário regulatório atual, com base em uma análise de custos marginais e benefícios, como custos diretos de intervenção ou benefícios incrementais da adição de camadas incrementais de validação decisória das decisões tomadas pela agência competente, de modo semelhante à decisão microeconômica a qual juízes e advogados se defrontam ao interagir com decisões de agências<sup>429</sup>. As variáveis são inúmeras e aplicáveis pelos parlamentares a depender da área e do problema.

De todo modo, à semelhança de uma formação legislativa burocrática de agências, os parlamentares delegaram nas últimas décadas a responsabilidade regulatória por meio de concessões de autoridade para a elaboração de regras e decisões discricionárias a uma burocracia federal não eleita<sup>430</sup>. Há diferenças em relação à realidade americana, como uma

---

<sup>417</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 875.

<sup>418</sup> NASCIMENTO, 2021(b).

<sup>419</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 60.

<sup>420</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 61.

<sup>421</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 175-176.

<sup>422</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 176.

<sup>423</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 176-177.

<sup>424</sup> HABERMAS, 1996, p. 39-40 apud WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 177.

<sup>425</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 178.

<sup>426</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 179.

<sup>427</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 179.

<sup>428</sup> WHITE e NEBLO, *op. cit.*, p. 179-180.

<sup>429</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 210.

<sup>430</sup> VERMEULE e SUNSTEIN, 2020.



maior restrição inclusive judiciária, embora não haja determinações sobre situações de fronteira, mas aqui observa-se que as distinções são fundamentais para compreender que o papel das agências aqui é mais incipiente e objetivo.

Há detratores aqui que apontam afetação à autonomia individual e democratas alegando ilegitimidade dos burocratas indicados e fraqueza da *accountability* da estrutura administrativa nomeada, a exemplo do imbróglio político ocorrido no 1º semestre de 2023 entre a base governista federal e o presidente do Banco Central Roberto Campos Neto. Esses grupos apontam um efeito deletério do estado administrativo ao *rule of law*. Há quem contraponha; nos Estados Unidos, Adrian Vermeule e Cass Sunstein apontaram juntos em *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State* (2020) que a moralidade interna do estado administrativo é o ponto de comprometimento de atuação do estado administrativo, incluindo salvaguardas substitutas que capacitam e limitam sua atuação, em um processo de que há uma coexistência entre o estado de direito e o direito administrativo<sup>431</sup> e equilíbrio entre a expertise administrativa e o exercício desta com limites inteligíveis, razoáveis e passíveis de prestação de contas<sup>432</sup>. Para traçar a ideia de que o estado administrativo segue o estado de direito, os autores basearam-se nas ideias do jusfilósofo Lon Fuller de que, no estado de direito, regras devem ser editada (i) para aplicação de caráter geral, sem ser caso a caso, (ii) com transparência e conhecimento das partes afetadas, (iii) sem retroatividade para gerar confiança, (iv) com compreensibilidade, (v) sem contradição com outras regras, (vi) sem exigir prestação obrigacional de quem não tenha poder para tal, (vii) com estabilidade e (viii) com alinhamento na edição e na aplicação. Vermeule e Sunstein defendem que o estado administrativo garante proteção a direitos e é controlado pelo direito por meio dos princípios de moralidade. A mensagem é a de que as agências vieram para ficar e apresentam um papel indispensável para atingir fins legislativos e entregar resultados substanciais na proteção de direitos<sup>433</sup>.

Para além de uma discussão em si da constitucionalidade do arranjo regulatório ou da possibilidade de delegação, o debate localiza-se na legitimidade da atuação da agência frente à zona de penumbra legislativa referente às agências ou ao Poder Legislativo, com o pano de fundo da tensão entre burocracia e política<sup>434</sup>. Na esteira dessa dicotomia, a agência elabora uma escolha regulatória, mas o Legislativo discorda e avoca a prerrogativa de determinar o conteúdo da regulação do assunto em discussão<sup>435</sup>.

Além do próprio desconhecimento sobre regulação – possível de ocorrer, afinal nenhum político consegue dar conta de tantos assuntos regulados de maneira precisa, sobretudo em tempos de hipertrofia legislativa – o desentendimento conceitual inicia uma disputa discursiva sobre o modelo brasileiro da regulação, que apostou na expertise técnica da burocracia como proteção frente à arbitrariedade, mas encontra-se por vezes desafiado por reações críticas de parlamentares.

Exemplo do contorno de desentendimento conceitual é o fato de que o autor do PDL 365/2022, deputado Danilo Forte (União/CE), também é proponente da Emenda Aditiva nº. 54/2023 à Medida Provisória nº. 1154/2023. A emenda propunha profundas alterações na competência normativa e adjudicante das agências brasileiras. O texto não foi incorporado à MP por decisão do relator da Comissão Mista, deputado Isnaldo Bulhões (MDB/AL), que a

---

<sup>431</sup> DEVINE, 2022, p. 239 apud VERMEULE e SUNSTEIN, 2020.

<sup>432</sup> DEVINE, *op. cit.*, p. 241 apud VERMEULE e SUNSTEIN, 2020.

<sup>433</sup> DEVINE, *op. cit.*, p. 241 apud VERMEULE e SUNSTEIN, 2020, p. 143.

<sup>434</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 13.

<sup>435</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 15.

avaliou tematicamente impertinente ao assunto da medida provisória, que versava sobre a reestruturação da estrutura administrativa do Poder Executivo Federal.

Outro ponto importante, a profusão de siglas partidárias, embora seja um fator que impeça uma manifestação fidedigna de preferências político-ideológicas, serve perceber que partidos então pertencentes ou derivados da base governista da gestão FHC, fiadora legislativa do início da construção do arranjo institucional regulatório, deixaram gradativamente essa posição por motivos variados e que mereceriam entendimento. A alternância entre maiorias eleitorais e a consequente mudança de preferências políticas podem ter levado à diminuição da aderência parlamentar ao insulamento da política regulatória<sup>436</sup> na medida em que o controle de assuntos importantes de regulação de setores econômicos não mais pertencia plenamente à alçada discricionária do governo, mas aos preceitos de políticas de Estado. Inclusive, a maior parte dos PDLs apresentados até 2020 foi por parte de parlamentares governistas ao tempo das gestões que apoiaram<sup>437</sup>.

Ao fim, a discordância ideológica com a governança regulatória geral em si pode não ser o fator que motive políticos de diferentes partidos a buscar controlar decisões da Aneel, mas sim uma discordância do nível de cuidado com temas políticos<sup>438</sup>.

**b) As agências reguladoras são legítimas, mas editam atos normativos insensíveis com a realidade socioeconômica brasileira; e**

Já quem defenda a interpretação (2) e visão (b) foi apenas o senador Marcos Rogério (PL/RO), que votou favoravelmente ao mérito do PDL 365/2022 no âmbito da CI-SF. Percebe-se que se trata de uma deferência parcial à decisão da Aneel, no sentido de combinar ponderadamente o compartilhamento de atribuições dos atores políticos eleitos e não eleitos. Ao mesmo tempo em que o senador avocou a responsabilidade por avaliar a política em seu mérito, abdicou da responsabilidade em considerá-la ilegal e reforçou a competência da agência, adotando uma mescla do modelo de compartilhamento de formulação de políticas no estado administrativo<sup>439</sup>.

**c) As agências reguladoras são competentes e legítimas para exercer o atual poder normativo que exercem.**

Por outro lado, políticos que apoiem a governança regulatória em processos de advocação o fazem com base em incentivos desde que a racionalidade regulatória seja percebida próxima da racionalidade política<sup>440</sup>, sobretudo em regimes presidencialistas, nos quais aos burocratas é exigido angariar apoio dos poderes Executivo e Legislativo para obter apoio em decisões legislativas e de financiamento<sup>441</sup>. Nesse sentido:

“Essas constatações evidenciam diversos espaços em que a competência técnica do regulador poderá ser instrumentalizada em favor de interesses políticos, mesmo sem a atuação direta do legislador. A autonomia regulatória (conceito central para a ideia de racionalidade) é, portanto, resultado das interações institucionais e do jogo político. Ou, tal como afirma Mariana Mota Prado, **o grau de independência de**

---

<sup>436</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>437</sup> GUERRAS e SALINAS, *op. cit.*, p. 2.

<sup>438</sup> LOWANDE, *op. cit.*, p. 886.

<sup>439</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 118.

<sup>440</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 63.

<sup>441</sup> ACKERMAN, 2000, p. 696 apud ROMERO, *op. cit.*, p. 64.

**uma agência reguladora é determinado pela existência de garantias institucionais, pelo seu desenho e pela sua efetividade.**<sup>442</sup>

Os defensores da interpretação (3) e visão (c) podem apresentar uma tendência da deferência a decisões burocráticas razoáveis. O estado administrativo é um produto do processo legislativo elaborado pelos poderes constituídos. Há uma delegação, mas não dos poderes legislativos do Congresso, e sim de autoridade administrativa por meio de um exercício da função legislativa deliberativa. Não houve abdicação, mas delegação de funções para auxiliá-los a desempenhar suas funções constitucionalmente atribuídas em um contexto de expertise técnica e mudanças recorrentes de ambiente político. Essas razões podem estar corretas ou erradas, mas abdicação não é o termo adequado para descrever o processo de surgimento do estado administrativo<sup>443</sup>. O estado administrativo é um mecanismo de controle de riscos de erro e abuso da representação majoritária, volátil em razão dos processos eleitorais, garantindo qualidade das políticas públicas, mesmo que temporárias.

O estado da arte da relação institucional entre Congresso Nacional e Aneel denuncia, além de questões pontuais entre a agência especificamente e o parlamento, um cenário de pouca permeabilidade das agências regulatórias à institucionalidade brasileira<sup>444</sup>, confronto político entre a especialização e a democracia<sup>445</sup> e tomada de decisão legislativa pragmática. Afinal, as decisões legislativas são tomadas na realidade, e não como deveriam ser tomadas<sup>446</sup>. É possível confirmar a hipótese trazida no início do trabalho: **observam-se ao longo do processo legislativo do PDL 365/2022 posicionamentos difusos que apontam para discordâncias (1) de juízo de inconveniência política e (2) do estado da arte do arranjo institucional regulatório vigente na esteira de uma tentativa de reposicionamento legislativo da alocação de autoridade administrativo-constitucional na formulação da política regulatória motivada pela hipertrofia legislativa registrada atualmente no balanço do poder brasileiro.**

#### **CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO: ENTRE A AVOCÇÃO E A REVISÃO LIMITADA, A NECESSIDADE DE REPACTUAÇÃO REGULATÓRIA.**

Como visto, a legitimidade da autonomia das agências reguladoras e dos burocratas é justificada pelo Estado Administrativo com base nos argumentos de legitimidade técnica do administrador para executar leis. A legitimidade da competência das agências pode ser lida seja (i) pela cadeia de transmissão da legitimidade democrática<sup>447,448</sup>, na qual pré-opções são executadas fielmente, (ii) pela discricionariedade técnica, que admite reprodução de valores, mas com vistas à eficiência do atendimento do interesse coletivo, próxima à reserva da administração, (iii) reserva da regulação, mais limitada, que percebe prerrogativa difusa em contextos apenas técnicos e legalidade principiológica, que não esgota-se no parâmetro legal.

No Brasil, a literatura percebe a legitimidade das agências alocada nos critérios de (i) implementação técnica de políticas públicas com custo político a agentes eleitos, (ii)

---

<sup>442</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 64-65.

<sup>443</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 47.

<sup>444</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 474.

<sup>445</sup> SCHLAG, 2023, p. 86.

<sup>446</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 309.

<sup>447</sup> *Transmission belt* na literatura de língua inglesa.

<sup>448</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 36.

profissionalização de corpo burocrático, (iii) qualidade de políticas estabelecidas<sup>449</sup>, (iv) rapidez e dinamismo na intervenção<sup>450</sup>. Além do fator técnico, outro fator de legitimidade é a incapacidade institucional de processamento das demandas regulatórias no âmbito de outras instituições brasileiras potencialmente competentes para gerir a política regulatória brasileira<sup>451</sup>. Diferentemente da razão estadunidense em inaugurar as agências para atender demandas e transformações sociais, econômicas e políticas nos Estados Unidos, como a necessidade de direcionamento social pela administração pública e a insuficiência da liberdade individual ilimitada, o Brasil as criou na esteira do modelo gerencial para garantir insulamento burocrático da produção regulatória e garantir previsibilidade a setores regulados. Um dos principais problemas dessa governança é a alocação de funções normativas a uma classe burocrata sem responsabilidade eleitoral, mas atrelado a regras legais que orientam sua atividade regulamentar. Burocracias insuladas são um desdobramento da administração gerencial, que, por sua vez, é intrinsecamente influenciada pela teoria da nova gestão pública<sup>452</sup>. O fundamento da legitimidade de corpos burocráticos autônomos e especializados é a atuação técnica não arbitrária; porém, garantir não arbitrariedade exige institucionalizar mecanismos de estímulo de atendimento ao interesse público<sup>453</sup>.

Sabe-se que as estratégias políticas de distribuição de competências podem mudar conforme objetivos e interesses dos atores envolvidos<sup>454</sup> e levam a um pêndulo de avocação política da escolha regulatória a depender do mérito das decisões burocráticas. A hipertrofia legislativa no balanço do poder no Brasil pode ser uma razão para a crescente tentativa de controle político da produção regulatória, uma vez que cada vez menos parlamentares recepcionam argumentos de autocontenção em alegação da legitimidade democrática para discutir políticas públicas. O Legislativo procura retomar parte da delegação legislativa por tentativas de recuperação por meio do controle político da produção regulatória.

O arranjo regulatório brasileiro é produto de conflitos institucionais quanto ao exercício de influência sobre as políticas regulatórias<sup>455</sup>. Pensar na teoria da regulação requer refletir sobre o marco teórico institucionalista<sup>456</sup> nas dinâmicas de influências dos atores relacionados. Há um claro processo de busca pela responsividade democrática na forma de controle político sobre a burocracia<sup>457</sup> para intermediar políticas regulatórias. A alavancagem do rebalanceamento do poder no Brasil apresenta a procura em aprimorar a valorização da primazia legislativa constitucional na produção de normas regulatórias como alguns de seus instrumentos, considerando a dificuldade ou a impossibilidade<sup>458</sup> de delimitação definitiva entre os domínios da técnica e da política na política regulatória.

A perspectiva simbólica de legitimidade das agências reguladoras para garantia de atratividade de investimentos e segurança jurídica<sup>459</sup> perde-se em avocações políticas da escolha regulatória motivadas por interesses políticos não traduzíveis nos termos de delegação legislativa às agências reguladoras. A relação principal-agente, na qual delegatário precisa obedecer a preceitos do delegante, pode desalinhar-se do ajuste esperado pelo delegante na

---

<sup>449</sup> SALINAS, 2019, p. 589.

<sup>450</sup> MENEGUIN e SOUZA, *op. cit.*, p. 75.

<sup>451</sup> GUERRAS e SALINAS, 2018, p. 408.

<sup>452</sup> New public management descrita por Dwight (1948).

<sup>453</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>454</sup> GUERRAS e SALINAS, 2020, p. 27.

<sup>455</sup> SALINAS, 2019, p. 605.

<sup>456</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>457</sup> KRAUSE, 2013, p. 112.

<sup>458</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 48-49.

<sup>459</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 27.

medida em que interesses motivadores de decisões políticas que orientam materialmente a atividade do agente alteram-se em termos não normativos, mas políticos<sup>460</sup>. Embora atualmente o arco do direito penda para a abdicação a longo prazo, decisões mais intrusivas e isoladas podem gerar danos sociais, penumbra de incerteza jurídica, litígios improdutivos, confusão conceitual por decisões minoritárias e incentivos para politização das agências, como pontua Adrian Vermeule.

As evidências mostram uma crise da legitimidade da Aneel. A ampliação de tentativa de controle legislativo da produção regulatória por meio do controle posterior da atividade normativa é temerária em razão do elevado índice de falta de justificação baseada no descumprimento do âmbito legal de incidência delegada constitucionalmente exigível para processos de veto legislativo. Para intervir adequadamente, os parlamentares precisam se apropriar melhor dos aspectos regulatórios dos setores. Em vez de sustar as resoluções, uma medida perfeitamente possível seria a delimitação material da atividade normativa da Aneel a partir da retirada da previsão do sinal locacional, se assim é a decisão do legislador em propiciar maior condição econômico-financeira a usinas geradoras de energia renovável geograficamente distanciadas da maioria de seus consumidores. Parece haver uma dissonância na compreensão do arranjo de outorga de poder normativo à Aneel quanto à política tarifária.

A avocação é legítima, mas precisa ser balizada entre sua possibilidade e sua adesão ao itinerário de veto legislativo constitucional. Assumir a análise contextual da política regulatória é o primeiro passo para iniciar uma análise aos desafios impostos pela política ao modelo das agências, como defende Felipe Romero (2022, p. 176-177). Não há o que se corrigir por parte do principal quando o agente age no âmbito da delegação legislativa. O rigor do controle inadequado disfuncionaliza a própria legitimidade da delegação: haver margem de autonomia para decidir temas impopulares ou altamente específicos e informativamente assimétricos<sup>461</sup>. Conclui-se que o Congresso pode avocar politicamente a escolha regulatória da aplicação do sinal locacional no segmento de transmissão de energia elétrica, mas precisaria tê-lo feito pelo instrumento de projeto de lei para alterar o veículo delegativo direcionado à Aneel. O parlamento pretende considerar ilegítima uma norma regulatória que cumpre o conteúdo material da legislação setorial, justamente a reserva de legitimidade de uma norma regulatória na interpretação do Supremo Tribunal Federal firmada no âmbito da ADIn n.º 4.923<sup>462</sup>. Os resultados das discussões no âmbito da ADIn n.º 5.501<sup>463</sup> já anunciam que uma contestação judicial de um possível decreto legislativo que converta o PDL 365/2022 em ato normativo pode culminar na análise da observância ao dever de proteção exigido pela dimensão objetiva do direito à equidade tarifária, e não a definição de se compete à Aneel ou ao Congresso Nacional a última palavra da regulação do setor elétrico.

A avocação também pode ser consequência da baixa permeabilidade institucional das agências perante o Parlamento<sup>464</sup>, causada pelo distanciamento da política na formação do arranjo regulatório. A proteção de agências reguladoras em face do populismo é enfraquecida a longo prazo na experiência internacional em razão da redução do custo político de expropriar poder da burocracia em face do benefício econômico de expansão de investimentos represados. O fortalecimento do Poder Legislativo alterou os parâmetros da relação

---

<sup>460</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>461</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 26.

<sup>462</sup> A ação contestava a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 12.485/2011, conhecido como Marco da TV por Assinatura. Entendimento ressaltado por ROMERO, *op. cit.*, p. 39.

<sup>463</sup> Cf. ROMERO, *op. cit.*, p. 40-42.

<sup>464</sup> Cf. ROMERO, *op. cit.*, p. 32.

Executivo-Legislativo na esteira de um processo de imaginação política<sup>465</sup> para mudar as ferramentas de agenda legislativa, como ocorreu com as emendas orçamentárias e as medidas provisórias, e elevar a intensidade das preferências dos parlamentares sobre as competências do Legislativo<sup>466</sup>. Pode-se inferir, com necessidade de aprofundamento posterior, que os parlamentares também procuram redefinir as regras das ferramentas de formação de agenda da política regulatória com base na preponderância do Legislativo. Os parlamentares mostram-se mais interessados a serem *lawmakers* desde meados dos anos 2000<sup>467</sup> e foram institucionalmente empoderados com a ascensão do governo Bolsonaro (2019-2022), que absteve-se de utilizar certas prerrogativas legislativas e orçamentárias<sup>468</sup>. Nesse sentido, a imaginação política introduz novos comportamentos aceitáveis no sistema político<sup>469</sup>; é possível compreender que o autor do projeto e outros interlocutores importantes do PDL foram *policy entrepreneurs* que pretendem reposicionar a avocação política da escolha regulatória na institucionalidade brasileira.

O estado administrativo é um produto do processo legislativo elaborado pelos poderes constituídos. É uma delegação, mas não dos poderes legislativos do Congresso, sim de autoridade administrativa por meio de um exercício da função legislativa deliberativa. Não houve abdicação por parte do Congresso, mas delegação de funções para auxiliá-los a desempenhar suas funções constitucionalmente atribuídas em um contexto de expertise técnica e mudanças recorrentes de ambiente político. Essas razões podem estar corretas ou erradas, mas abdicação não é o termo adequado para descrever o processo de surgimento do estado administrativo<sup>470</sup>.

O porquê da avocação legislativa no caso do PDL 365/2022 resume-se em uma procura legislativa em reconstruir implicitamente a distribuição de competências regulatórias na medida em que eleva numericamente os episódios advocatícios, os preenche com desconfiança da autoridade do órgão regulador e, no caso concreto, adota diferentes valorações. Esse projeto é um transbordamento da tensão entre Aneel e parlamento e vetoriza uma tentativa de colocar à mesa e rediscutir o arranjo da política regulatória brasileira. Afastar a política da decisão regulatória pode traduzir como sinalização de que décadas de escolhas políticas em alguns setores regulados não agregaram estruturação da maneira em que os direitos prestacionais sociais precisam ser efetivados. Exemplo é o setor elétrico, com inúmeras distribuidoras estatais deficitárias. Distanciar agente e principal e considerar que havia distinção de posicionamento ao menos naquele momento é refletir sobre diferenças potenciais na política regulatória a depender de quem assume a competência final do assunto. De todo modo, as instituições são potencialmente falhas, e as capacidades contingentes, de modo com que a divisão entre instituições políticas e técnicas, propiciada pela teoria das capacidades institucionais, seja insuficiente para determinar o papel institucional de cada agente<sup>471</sup>. É tanto possível que uma discussão parlamentar seja técnica (via correção de assimetria de informações por assessoramento ou defesa de interesses) quanto uma deliberação burocrata seja política. Porém, a decisão política ainda permanece com valoração porque tudo é valorativo.

---

<sup>465</sup> Beatriz Rey toma o conceito de imaginação política trazido por Sheplse (2017) de que trata-se “da capacidade dos atores de enxergar mais adiante e antecipar as decisões de seus pares em jogos estratégicos” (2023, p. 2).

<sup>466</sup> REY, 2023, p. 2.

<sup>467</sup> REY, *op. cit.*, p. 12.

<sup>468</sup> REY, *op. cit.*, p. 19.

<sup>469</sup> BICCHIERI, 2016 apud REY, *op. cit.*, p. 12.

<sup>470</sup> VERMEULE, *op. cit.*, p. 47.

<sup>471</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 52.

O cenário descrito de desentendimento conceitual sobre o arranjo regulatório institucional brasileiro oferece queixas de legitimidade da Aneel, tem preferência por mudanças do desenho institucional e pede alterações legislativas e institucionais efetivas. Nesse sentido, é preciso assentar que há delegação legislativa, negando as correntes de indelegabilidade ou reconhecimento constrangido de delegação, e pensar nos aspectos institucionais do controle democrático da burocracia, conciliando efetividade, planejamento e democracia e repolitizando o mercado numa sociedade democrática<sup>472</sup>. Afinal, decisões administrativas não são redutíveis apenas à dimensão técnica. Inclusive, agências são estruturas burocráticas que participam da estruturação do acesso a serviços públicos, integrantes de direitos fundamentais da população, de modo a garantir meios procedimentais de democracia com processos decisórios racionais, segurança jurídica e devido processo legal na formação do direito<sup>473</sup>.

Com base nos resultados apresentados, é possível atestar – com razões merecedoras de aprofundamento em etapas futuras de agenda de pesquisa – que há uma tentativa legislativa de se reposicionar no arranjo institucional regulatório brasileiro no que se refere à sua competência, de modo a reescrever ou redecidir se houve uma abdicação voluntária ou uma sobrepujança das agências reguladoras. Verifica-se também que o Congresso Nacional busca, atualmente, assumir as rédeas da discussão de temas aos quais é de sua competência. Esse ponto é positivo materialmente? É melhor, em termos materiais, deixar a decisão para o Congresso ou para a agência, em que termos, sob quais limites e em quais graus de separação?

Esse processo de repactuação da atividade regulatória dentro do Estado e com a sociedade, via reorientação institucional, foi sugerido pelo Poder Executivo no contexto da apresentação do PL n°. 3.337/2004. Trata-se de uma uniformização de visões, macro objetivos e princípios do Estado regulador<sup>474</sup> para formatar “um conjunto coerente, minimalista, de princípios gerais e estratégicos, que enquadrasse todas as iniciativas governamentais de regulação quanto à natureza, escopo, objetivo, formato institucional e administrativo da regulação”<sup>475</sup>. Possivelmente o assunto não é emplacado para discussão no Congresso porque não houve, entre os defensores das agências, até o momento um *policy entrepreneur* que reduza resistências ao longo da discussão da agenda regulatória no Parlamento e consiga articular uma equação de arranjo regulatório que não traga certas desconfigurações institucionais e um desastroso e indesejável ponto de não retorno nesse cenário institucional.

Uma repactuação serviria de ajuste das idas e vindas dos estágios de mudanças parciais na política regulatória brasileira e poderia incluir, por exemplo, algum formato de supervisão política de atos normativos com base no mecanismo de controle<sup>476</sup>. (i) institucional

---

<sup>472</sup> POLANYI, 2001, p. 217.

<sup>473</sup> MIGUEIS, *op. cit.*, p. 23.

<sup>474</sup> CUNHA, 2016, p. 479.

<sup>475</sup> ABRANCHES, 1999, p. 21-22 apud CUNHA, 2016, p. 479.

<sup>476</sup> Classificação sugerida por Kiewet e McCubbins (1991) para descrever mecanismos institucionais de controle externo e trazida por Meirelles e Oliva (2006, p. 553). Esse modelo inclui mecanismos de controle (i) de desenho contratual de relação entre política e burocracia em busca de consonância de ações; (ii) triagem e seleção de agentes com propósitos coincidentes, na medida em que a nomeação de dirigentes exerce um papel significativo no direcionamento político das agências; (iii) controle institucional, como poder de veto e controle orçamentário; e (iv) monitoramento e prestação de contas. Percebo que o juízo de mérito de qualquer mecanismo de controle exige exame que essa monografia não se propõe. Portanto, elenco possibilidades aqui como descrição de possíveis caminhos. Inclusive, apontar o mérito dessas mudanças seria uma interessante futura pesquisa.

na produção de normas – como poder de veto<sup>477</sup>, previsto nos EUA – e (ii) de monitoramento e prestação de contas, como compartilhamento compulsório de informações no âmbito de procedimentos administrativos de edição de resoluções normativas e acompanhamento da atuação administrativa das agências reguladoras. Outro formato possível seria criar um órgão de controle concentrado de legalidade de atos de agências, com composição igualmente técnica a exemplo do *Office of Management and Budget* (OMB) americano, órgão administrativo de revisão regulatória<sup>478</sup>.

Rafael Costa (2022) defende a pacificação jurídico-política das condições do controle político posterior da atividade normativa com a edição de lei que preveja (i) envio prévio de normas regulatórias ao Congresso para manifestação e eventual veto legislativo e (ii) sustação de ato normativo por lei ordinária em razão da delegação legislativa à agência, com impossibilidade de edição de ato com teor semelhante ao da norma sustada, a não ser com autorização.

Essas alterações serviriam de maior aclimatação à importação do modelo de agências reguladoras, a fim de elevar sua permeabilidade institucional e garantir sua viabilidade, uma vez que trata-se de escolha do legislador em constituí-las e dotá-las de autonomia normativa sobre parte importante da formulação de políticas públicas. Se essa alteração permanece alinhada ou não ao arranjo institucional, programático e procedimento das agências reguladoras, trata-se, em maior importância, de uma repactuação institucional sobre a quem e como incumbe a competência regulatória, a fim de dirimir contendas e pacificar interpretações na contemporaneidade. É inegável que a discordância guarda morada em uma controvérsia política.

De todo modo, incluir o Congresso no processo de controle significaria responsabilizá-lo pelos custos de sua atuação<sup>479</sup>, processo necessário de se realizar atualmente em nosso país. Eventuais mudanças podem incluir diversos pontos de ajustes, mas também é necessário evidenciar, especificamente na política tarifária nacional, uma ingerência material em seu caráter isonômico em razão da aprovação de proposições legislativas que acumularam subsídios de bilhões de reais em prejuízo ao consumidor do mercado regulado de distribuição de energia elétrica. Foram alterações em ciclos de maioria que demonstraram pouca aderência de funcionários eleitos à vontade dos eleitores no âmbito da formulação de políticas administrativas<sup>480</sup>. A incorporação de informações incompletas é uma extensão crítica para compreender a representação democrática no estado administrativo na medida em que o político formula políticas que expressem valores defendidos pelos eleitores<sup>481</sup>. Portanto, essa situação mostra um fator importante na teoria política: nem sempre o corpo político defende em maior grau os interesses gerais quando comparado à burocracia<sup>482</sup>.

Porém, os custos políticos ficaram a cargo das agências reguladoras, que são controladas indiretamente pelos eleitores a partir da movimentação de bases eleitorais de parlamentares em situações como aumentos tarifários de energia, que justificam, por vezes, e motivam a proposição de PDLs que sustam resoluções administrativas de reajuste tarifário,

---

<sup>477</sup> Meireles e Oliva (2006, p. 555) pontuam a dificuldade de dar um passo atrás na delegação frente (i) à impossibilidade eventual de consensos técnicos na política, (ii) à transferência dos custos políticos da decisão e (iii) à necessidade de elevar credibilidade técnica de decisões regulatórias.

<sup>478</sup> ARAÚJO, 2009, p. 117. Inclusive, a criação de órgãos dessa natureza permitia uma adjudicação de efeitos vinculantes e evitaria um cenário de profusão de decisões de controle difuso da legalidade de atos regulatórios.

<sup>479</sup> MEIRELES E OLIVA, 2006, p. 555.

<sup>480</sup> KRAUSE, 2013, p. 114.

<sup>481</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 115.

<sup>482</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 116.



direito previsto em contratos de concessão de distribuição. A deterioração da relação entre empresas reguladas e usuários de serviços afeta as agências reguladoras, que não conseguiram mediar o conflito. A insatisfação com a prestação de serviços formou um ambiente de relativa crise que descamba para contramovimentos consumeristas em direção às empresas reguladas e às agências reguladoras<sup>483</sup>.

É importante que os parlamentares estão posicionados, além do referido contramovimento consumerista, também nas discussões das mudanças econômicas que podem gerar uma alteração do papel do Brasil na divisão social internacional do trabalho, com a criação de novos parques industriais e energéticos e a intensificação de um processo de neointustrialização. Até mesmo uma redefinição do papel nacional na ordem econômica internacional motiva parlamentares favoráveis. Portanto, une-se desgastes de ordem consumerista com discordâncias em relação ao sinal locacional. Outro ponto que pode justificar a atuação parlamentar é a divergência setorial entre os agentes regulados sobre o sinal locacional, que influencia legitimamente a decisão legislativa e o viés político de abordagem à agência no contexto institucional<sup>484</sup>.

É necessário reconhecer que as agências fizeram uma busca pública sobre o assunto do sinal locacional, avaliam os impactos regulatórios e as alternativas infralegais e selecionam opções com base na análise de custo-benefício, à luz da Lei das Agências Reguladoras, em um formato procedimental formulado pelo Congresso. Mas como avançar para ter suporte parlamentar para a regulação? Requerer a avaliação retrospectiva da regulação legislativa existente para uma reforma<sup>485</sup>. A produção legislativa recente do setor elétrico tem externalizado valores diferentes dos cobrados pelo Congresso Nacional em relação à produção regulatória das agências, que deve seguir o comando legal. Exemplo é a escalada tarifária do setor elétrico. De todo modo, congressistas não podem ser institucionalmente constrangidos de realizar seu papel constitucional, mas sim convencidos a partir de um diálogo materialmente estabelecido sobre cada política pública. Desacreditar das instituições é um caminho perigoso, seja em relação ao Congresso ou à Aneel.

Especificamente a Aneel adotou posição institucional diferente quando seu diretor-geral estabeleceu de maneira direta que a política tarifária não está na alçada de sua agência e sugeriu a adoção de medidas legislativas para alterar o cenário tarifário. De todo modo, o acúmulo de tensões entre Congresso e Aneel foi canalizado na tramitação do PDL 365/2022, que não trata de tarifa de distribuição diretamente, e demonstrou que não só há desentendimento ideológico, mas também propósito consumerista nesse contramovimento parlamentar em relação à Aneel, embora haja, por outro lado, ingerência política quanto à tarifa motivada pela criação legislativa de subsídios cruzados<sup>486</sup> pouco harmônicos com a necessária proteção socioeconômica dos consumidores brasileiros, mas que beneficiam grupos de consumidores politicamente organizados. A participação de grupos de pressão no processo legislativo é sabidamente reconhecida e legítima e, por vezes, consegue levar a estruturação de políticas públicas de modo a receber benefícios às custas de grupos desorganizados, como os consumidores<sup>487</sup>. Nesses momentos, é importante lembrar as

---

<sup>483</sup> CUNHA, 2016, p. 481.

<sup>484</sup> PRADO, 2012.

<sup>485</sup> DUDLEY, 2021, p. 43.

<sup>486</sup> Subsídio cruzado é um desconto conferido a um grupo pelo Estado, mas pago por outro no mesmo mercado em que é aplicado o subsídio; no caso do setor elétrico, a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) é a ponta de lança de diversos subsídios cruzados, como descontos para Geração Distribuída e financiamento da geração de energia em Sistemas Isolados por meio da Conta Consumo de Combustíveis (CCC).

<sup>487</sup> POSNER, 2004 apud ARAÚJO, 2009, p. 115.

palavras de Waldo Dwight: “se a democracia quiser sobreviver, teria de acrescentar de alguma forma a eficiência aos seus ideais de liberdade e igualdade”<sup>488</sup>.

Aliás, para além de uma repactuação na forma da política institucional, mantendo o arranjo vigente, esse realinhamento precisa passar também pelo conteúdo das políticas públicas editadas legislativa e agencialmente. Afinal, direitos relevantíssimos de natureza prestacional, como acesso à energia elétrica, à Internet e à água, são de responsabilidade regulatórias de agências. É necessário repensar em mecanismos regulatórios legislativos que melhorem os serviços, a proteção do consumidor e a efetividade da regulação, em um movimento semelhante à participação social no âmbito do Plano Nacional de Consumo e Cidadania (Plandec). A política editada no governo Dilma Rousseff (PT) permitiu o fortalecimento da “sociedade reguladora”: a coletivização de assuntos regulatórios, em razão de seu caráter descentralizado, difuso e político da regulação, para a contribuição e influência de múltiplos atores<sup>489</sup>. Portanto, o realinhamento da política regulatória nacional teria a capacidade de abranger dialética e pragmaticamente projetos que reafirmem perspectivas tanto do Estado quanto da sociedade<sup>490</sup>.

Mark Tushnet (2021) considera que o Estado Administrativo está sob rediscussão e pode culminar em três possibilidades no futuro: (i) desconstrução motivada pela consideração de inconstitucionalidade da conformação institucional regulatória; (ii) ajustes ao modelo de desenvolvimento de políticas, como aumento da transparência normativa com exposições de motivos mais extensas; e (iii) reconstrução por meio do posicionamento da regulação estatal para o Executivo – opção que ele defende, aparenta ser um abandono da independência das agências – com a adoção de agências regulatórias participativas<sup>491</sup> e da modelagem contratual de concessões para conciliar eficiência econômica e alcance de objetivos e interesses públicos<sup>492</sup>. Ao fim, Tushnet considera que qualquer saída séria “requer propostas altamente especulativas associadas a esforços em pequena escala para provar o conceito”<sup>493</sup>.

Em outro momento, Waldo Dwight pôde revisitar o Estado Administrativo<sup>494</sup> em 1965 no artigo *The Administrative State* para tratar de temas importantes, como a conciliação entre valores de expertise na vida pública e de autoridade democrática. O artigo serviu de explicação bem esclarecedora sobre suas motivações em escrever seu célebre livro e os principais pontos discutidos no livro e em sua carreira de professor de teoria política. Pontos relevantes foram ressaltados, como a falácia da divisão positivista completa entre fato e valor<sup>495</sup>. Dwight apresenta uma pergunta em seu artigo que pode orientar a análise dos posicionamentos dos parlamentares: quem deve decidir?

Aparenta o imbróglio manifestado na tramitação do PDL 365/2022 guardar causa nos problemas não resolvidos da tensão entre burocracia e parlamento. É uma discussão sobre o papel da burocracia na sociedade moderna, na linha da literatura sociológica de Max Weber<sup>496</sup>. A ascensão de uma elite científica que clama pelo exercício da autoridade político-administrativa na ordem econômica é um assunto a se determinar e que impõe questões

---

<sup>488</sup> Tradução livre para “if democracy were to survive it had somehow to add efficiency to its ideals of liberty and equality.” DWIGHT, *op. cit.*, p. 74.

<sup>489</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 482.

<sup>490</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 483.

<sup>491</sup> Tushnet sugere a formação de agências locais compostas por cidadãos aleatoriamente selecionados e equipados com o aparato regulatório para decidir políticas públicas e garantir seu cumprimento.

<sup>492</sup> TUSHNET, 2021, p. 11.

<sup>493</sup> TUSHNET, *op. cit.*, p. 14.

<sup>494</sup> DWIGHT, 1965.

<sup>495</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 12.

<sup>496</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 12.

morais<sup>497</sup> de reconciliação entre democracia, com valores, política e tomada de decisão, e eficiência, com ciência e expertise<sup>498</sup>. A conjugação entre política e administração para sair de maiores problemas de sua dicotomia exige considerar as crenças democráticas de maneira sensível na elaboração técnica de políticas, para Dwight<sup>499</sup>.

Os problemas institucionais comunicam diretamente com os problemas intelectuais<sup>500</sup>. Sem a administração, os políticos não conseguiriam endereçar acertadamente as necessidades sociais. Sem a política, a administração não teria legitimidade nem ferramental legal para manusear problemas sociais em torno de políticas públicas. Quais ajustes e acomodações são necessárias?

A natureza das reflexões e dos conceitos legislativos do setor elétrico precisa ser aperfeiçoada com base na prática setorial e nos próprios valores jurídico-constitucionais de equidade e modicidade tarifária. Uma política do setor elétrico orientada à justiça tarifária pode tomar uma forma ainda a ser discutida, com implicações teóricas e consequências institucionais a se estudar mais profundamente em um segundo momento. É a aplicação da interação cooperativa entre instituições na rede contínua de discricionariedade e ação defendida por Waldo Dwight (1965). A separação é parcial e refere-se a uma ideia de política administrativa<sup>501</sup>. Essa integração é muito perspicaz e dialoga bastante com o que o Brasil precisa, a exemplo das sugestões de medidas legislativas direcionadas pelo diretor-geral da Aneel aos senadores. Não há mais espaço para a defesa única de distanciamento da administração com a política, porque, em certa parte, ela faz parte da formulação de políticas públicas. Mesmo que a regulação legislativa tarifária federal de energia não seja responsabilidade direta da Aneel, é necessário apontar, na medida necessária, viável e conveniente, ao Legislativo sugestões de medidas que retirem potencial crença de inércia ou indiferença da instituição com claras distorções sistemáticas de setores que ela regula e é guardiã. Exemplo dessa boa prática institucional é a atuação colaborativa da Aneel com os governos do estado e da cidade de São Paulo quanto à crise de distribuição de energia elétrica com os consideráveis eventos climáticos do mês de novembro de 2023. Essa integração é muito perspicaz e dialoga bastante com o que o Brasil precisa, a exemplo das sugestões de medidas legislativas direcionadas pelo diretor-geral da Aneel aos senadores.

Não há mais espaço para a defesa única de distanciamento da administração com a política, porque, em certa parte, ela faz parte da formulação de políticas públicas. Mesmo que a regulação tarifária federal de energia não seja responsabilidade direta da Aneel, é necessário assessorar e apontar, na medida necessária, viável e conveniente, o Legislativo com a sugestão de medidas que retirem potencial crença de inércia ou indiferença da instituição com claras distorções sistemáticas de setores que ela regula e é guardiã. Dwight pontua que trata-se de um reconhecimento claro da potencialidade dos novos administradores, especialistas generalistas cujas capacidades podem agregar também na formulação de políticas públicas e que podem e devem aceitar seu destino como a classe dirigente democrática<sup>502</sup>. Nessa interrelação, é importante haver clara consideração dos poderes e das interrelações de governo e da função de administração, que é expertise da classe dirigente e não envolve nem a elaboração de decisões amplas nem a execução de rotinas operacionais.

---

<sup>497</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 19.

<sup>498</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>499</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>500</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 27.

<sup>501</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 125.

<sup>502</sup> DWIGHT, *op. cit.*, p. 126.

Observa-se que não é razoável advogar por uma completa impossibilidade de sustação legislativa de normas editadas por agências reguladoras, uma vez que, como autarquias especiais, compõem o Poder Executivo e podem ser fiscalizadas pelo Poder Legislativo. Contudo, a autocontenção de ambas as partes pode resultar em relações institucionais mais produtivas do que as que encontramos por ora. Inclusive, é necessário compreender que, nesse processo de disputa pela titularidade do poder de definição da agenda regulatória, falta uma pactuação em torno da guarda compartilhada de setores regulados, em que todos agentes e atores institucionais formem um acordo profundo sobre o interesse comum e público que guiará as políticas setoriais a longo prazo. É necessária uma repactuação da reserva de regulação pública de mercados regulados a fim de constituir uma instituição jurídica capaz de trazer segurança regulatória e disciplinamento do comportamento de agentes econômicos estabelecido na linha tênue entre legislação de marcos regulatórios e execução viavelmente técnica de políticas públicas<sup>503</sup>.

A questão de quem deve editar políticas públicas, se o parlamento ou as agências, é uma questão fundamental em governos democráticos. Entre um marco regulatório discutido e deliberado no Poder Legislativo, oriundo da composição de forças políticas, e sua execução técnica por agências reguladoras, cabe uma repactuação da reserva da regulação, mas baseada nos corretos termos. Em vez de basear em uma reserva pura e simples, que beira à tecnocracia, é necessário realinhar e recompor a compreensão da necessidade das agências com base na expertise técnica.

O equilíbrio entre o papel do parlamento e das agências é crucial. Um parlamento forte garante que a tomada de decisões seja democrática e responsável perante o público. Ao mesmo tempo, é importante permitir que agências técnicas e especializadas tenham a flexibilidade necessária para lidar com questões complexas e em constante mudança. É importante que haja mecanismos eficazes de prestação de contas para garantir que ambas as partes atuem em prol do interesse público. Registra-se atualmente a inexistência de mecanismos formais de relação entre agência e Parlamento na regulamentação infralegal de políticas públicas.

Além de mecanismos de prestação de contas, é importante apurar destacar que é inegável que há uma reserva legal de definição de mandamentos e objetivos, que encaminha os contornos da execução das políticas e são inescapáveis, sob pena de negar a participação democrática dos representantes eleitos na política que afetarão as vidas de seus delegatários de poder. Contudo, não é possível negar que a complexificação de setores regulados exige regulamentos altamente técnicos e entregues em curto prazo, a fim de garantir segurança jurídica, acesso a direitos elementares da vida contemporânea, como energia elétrica e saneamento básico, e viabilidade econômico-financeira de empreendimentos. Não se trata de negar a aplicação valorativa de conceitos, uma vez que eles já foram aplicados pelo Congresso, mas de entender que, nesse espaço, o processo final é de execução. A tensão entre democracia e burocracia necessita de um giro hermenêutico que leve a interação da contra produção a produção no seio da política brasileira. Esse giro tem ocorrido, mas no sentido de mudanças do arranjo legislativo que sustenta o presidencialismo de coalizão. Há um fortalecimento do Congresso Nacional que leva ao reposicionamento das funções institucionais no Estado brasileiro<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> PINHO, 2022, p. 38.

<sup>504</sup> REY, *op. cit.*

Uma agência pode ser constrangida por políticos e precisa, em certos momentos, de apoio político para emplacar suas decisões<sup>505</sup>, como apoio presidencial ou do poder executivo. Esse apoio pode ser tanto pontual quanto incluído em um processo de revisão institucional do Presidente da República ou do Ministro responsável pela pauta. Porém, essa saída de controle presidencial é criticada<sup>506</sup> e abre espaço para manipulações e intervenções muito politizadas na atuação das agências<sup>507</sup>, como a sobreposição política da administração de Donald Trump. Um controle presidencial pode levar a arbitrariedade administrativa, embora enderece a responsabilidade política para um político eleito e arrefeça momentaneamente a tensão entre o Estado administrativo e a estrutura constitucional<sup>508</sup>.

A prevenção à arbitrariedade é o principal ponto de justificação teórica e prática da legitimidade administrativa de uma governança regulatória, inclusive para além da orientação legislativa ou da especialização<sup>509</sup>. O déficit de responsabilidade não é o principal obstáculo à legitimidade, embora seja o mais visado teórica e praticamente<sup>510</sup>. A própria legitimidade das agências proveu da sua capacidade de promover ações não arbitrárias e pautadas pela expertise<sup>511</sup>. Possivelmente o reposicionamento que o Brasil tem percebido como necessário possa servir de aperfeiçoamento das regras materiais do setor elétrico, a fim de garantir de fato bem-estar e interesse público para o consumidor. A desconfiança na autonomia das agências também pode guardar razão no fato de que, atualmente, as agências tomam sua legitimidade a partir do modelo de representação de grupos de interesse, interesse para posicionamentos das partes interessadas, mas que tratam de problemas específicos de justiça administrativa<sup>512</sup> e são atrelados a uma alegação de quase captura ou captura da agência por interesses privados<sup>513</sup>. Abandonar o modelo de representação pode arrefecer a interpretação de ilegitimidade das agências reguladoras, mas ocupar esse vácuo de legitimidade institucional exigirá, ao mesmo tempo, coordenação interinstitucional e fuga à arbitrariedade majoritária, sob pena de cair em um novo modelo de representações, agora em busca de apoio eleitoral. O presidente pode promover ou não valores subvertidos pelas facções<sup>514</sup>, portanto não haveria ganho contra a arbitrariedade em si para adotar um modelo de controle presidencial às agências. Uma estratégia de integração Congresso-agência pode englobar transparência e supervisão administrativa da performance das agências, mas sem microgerenciamento infralegal, uma vez que o controle político da produção regulatória, como tratarei mais à frente, é limitado a fatores de constitucionalidade e legalidade por força do art. 49, V, da Constituição.

Um fato engraçado é que considera-se nos EUA limitar a discricionariedade administrativa para alcançar um arranjo regulatório mais bem pensado, com limitação conforme a lei<sup>515</sup>, cenário em que nos encontramos no Brasil. Ainda sobre os EUA, o ordenamento do país contém uma regra de envio de regras primárias com força de lei ao congresso para um período de revisão; caso a posição do parlamento seja contrária ao conteúdo da resolução, pode-se desaprovar a regra por meio de resolução conjunta, que pode

---

<sup>505</sup> SEIDENFELD, 2013, p. 1.417.

<sup>506</sup> Cf. SEIDENFELD, 2013; BRESSMAN, 2003.

<sup>507</sup> STRAUSS, p. 26-27.

<sup>508</sup> BRESSMAN, 2003, p. 464.

<sup>509</sup> BRESSMAN, *op. cit.*, p. 464.

<sup>510</sup> BRESSMAN, *op. cit.*, p. 469.

<sup>511</sup> BRESSMAN, *op. cit.*, p. 471.

<sup>512</sup> BRESSMAN, *op. cit.*, p. 477.

<sup>513</sup> BRESSMAN, *op. cit.*, p. 478.

<sup>514</sup> BRESSMAN, *op. cit.*, p. 497.

<sup>515</sup> BRESSMAN, *op. cit.*, p. 555.

ser vetada pelo Presidente, mas não pode ser objeto de nova norma agencial sem autorização legislativa específica<sup>516</sup>. A estratégia de supervisão administrativa pode ainda contar com interação entre agências e Comissões temáticas do Parlamento quanto à regulamentação de leis<sup>517</sup> e a consultas ao Congresso durante a formulação de planos estratégicos e agendas regulatórias<sup>518</sup>.

Uma possível saída também é a criação de um *watchdog* executivo, na esteira da custódia conjunta das agências reguladoras com o legislativo<sup>519</sup>, a exemplo da experiência estadunidense de unificar a revisão normativa das agências, para alinhar custos e benefícios sociopolíticos das decisões e alavancar a legitimidade da burocracia regulatória<sup>520</sup>. Poderia ser uma espécie de monitor, não necessariamente um revisor<sup>521</sup>, até porque

“num mundo de extraordinária complexidade administrativa e de responsabilidades presidenciais quase incalculáveis, nenhum Presidente pode esperar (mesmo com a assistência de auxiliares próximos) monitorizar as agências tão de perto que substitua todas as suas preferências pelas da burocracia”<sup>522</sup>.

De todo modo, cumpre destacar que, antes de repactuado, o arranjo institucional regulatório vigente já prevê legitimamente a reserva de administração na medida em que a competência de estruturar a política tarifária do setor de energia elétrica é conferida legalmente a um órgão administrativo (a Aneel), e ele o faz com base em regras legais e estatutárias e de maneira a buscar diálogo institucional adequado com os atores envolvidos, impossibilitando alegação de déficit democrático na formação da norma que legitimasse a atuação do Congresso na suplementação da deficiência da atividade regulatória<sup>523</sup>. Restou cumprida a participação dos interessados no processo regulatório, conceito imprescindível à regulação na visão do Min. Kassio Nunes Marques ao estabelecer as ideias supracitadas em seu voto enquanto relator da ADIn nº. 5.779, que questionou a inconstitucionalidade da Lei nº. 13.454/2017, que autorizou a produção, a comercialização e o consumo de medicamentos anorexígenos.

Nesse sentido, entendeu o ministro Luís Roberto Barroso em sede da ADIn nº. 5.501, não pode o legislador usurpar a atividade regulatória e subverter casuisticamente o sistema regulatório vigente<sup>524</sup>. Situação diferente – e adequada com a distribuição institucional de competências – seria se o parlamentar, autorizado a legislar em matéria de minas e energia, com base no art. 22, IV da Constituição Federal, iniciasse o debate legislativo para retirar a inserção do sinal locacional das orientações de elaboração da política tarifária de energia elétrica prevista na Lei nº. 9.427/1996.

Além da própria incompetência legislativa de tratar sobre o assunto específico do sinal locacional, percebe-se uma ilegalidade material frente à produção insuficiente do direito à oneração proporcional tarifária, presente na própria Lei nº. 9.647/1996, que atesta, mais uma

---

<sup>516</sup> ROSENBLOOM, 2000, p. 41-42.

<sup>517</sup> ROSENBLOOM, *op. cit.*, p. 42.

<sup>518</sup> ROSENBLOOM, *op. cit.*, p. 43.

<sup>519</sup> ROSENBLOOM, *op. cit.*, p. 43.

<sup>520</sup> DUDLEY, 2021, p. 36-38.

<sup>521</sup> Monitorar e não revisar evitaria diretivas oficiais do Presidente e garantiria autonomia.

<sup>522</sup> EADS e FIX, 1984, p. 293 apud DUDLEY, 2021, p. 42.

<sup>523</sup> Entendimento do Min. Kassio Nunes Marques, destacado por PINHO, 2022, p. 34.

<sup>524</sup> Entendimento destacado por PINHO, 2022, p. 32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501-MC, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168, Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 47.

vez, a ingerência material da isonomia da estrutura tarifária do setor elétrico. A atividade estatal de estabelecimento da política tarifária é indispensável para assegurar o próprio acesso ao direito ao acesso à energia elétrica. Em caso de alterações casuísticas, materialmente descompassadas com o texto legal e contrárias ao consenso científico em torno do sinal locacional<sup>525</sup>, forma-se uma desproteção ao consumidor. Segundo a própria Aneel, a aprovação do PDL nº. 365/2022 gerará aumentos tarifários<sup>526</sup>. Evidências são utilizadas de maneira seletiva no processo legislativo<sup>527</sup>. Na tramitação do PDL 365/2022, os impactos regulatórios elaborados pela Aneel não foram emplacados de maneira a pautar a discussão do projeto, mas como elemento conceitual difuso ou simbólico de munição política<sup>528</sup>. De todo modo, a elaboração legislativa precisa levar em conta o componente factual<sup>529</sup>. Inclusive, o controle da veracidade dos fatos determinantes da decisão legislativa, à luz dos limites da discricionariedade legislativa, é factível de aplicar para controle da qualidade do processo de tomada de decisão legislativa<sup>530</sup>.

Desse modo, é possível estabelecer que há limites à avocação política da escolha regulatória do sinal locacional em razão (i) do consenso científico sobre o assunto<sup>531</sup>, (ii) da existência de prescrição legal de sua inserção à política tarifária e (iii) de exercício do poder normativo da Aneel com participação social e cumprimento de etapas de processo administrativo. O cenário implica em uma deferência à regulação infralegal da Aneel quanto ao sinal locacional de modo a respeitar a especificidade técnica do tema e a expertise da agência. Exige-se um espaço de autocontenção parlamentar e deferência à agência em casos de consenso científico e cumprimento da delegação legislativa. Em situações de ilegalidade, o modelo de controle político é legitimamente acionável, mas, ao seguir seu papel institucional, uma agência não pode ver um ato normativo de sua alçada revogado por discordância material.

A revisão política limitada da racionalidade das decisões regulatórias dá espaço a uma governança colaborativa na formulação de políticas para fortalecer a responsabilidade entre políticos, agências, provedores de serviços públicos e cidadãos<sup>532</sup> que pode contribuir para arrefecer as forças conflitantes do Estado Administrativo, cujos valores e políticas colidem e se combinam de várias maneiras<sup>533</sup> em um processo que precisa ser mais bem elaborado pela institucionalidade brasileira. A existência do conflito não é problemática<sup>534</sup>, mas sua negação pode levar a distorções propositais que paralisam a dialética e a uma estagnação político-institucional desastrosa. Caso o PDL 365/2022 seja aprovado e promulgado, poderemos ver outros passos de contestação da medida legislativa em espaços institucionais distintos, como um *overrule* da avocação inibitória ou uma judicialização.

---

<sup>525</sup> Jurisprudencialmente é possível observar que, na visão do min. Luís Roberto Barroso, o juízo técnico de assuntos não pode caminhar em sentido contrário ao consenso científico, se houver. Entendimento destacado por PINHO, 2022, p. 35. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.779, Relator originário: Min. Nunes Marques. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 23/02/2022, Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>526</sup> BRASIL, 2023.

<sup>527</sup> NASCIMENTO, 2021, p. 10.

<sup>528</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>529</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>530</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>531</sup> Ressalva-se controvérsias acerca do que se trata um consenso científico e quem o proclama.

<sup>532</sup> KRAUSE, *op. cit.*, p. 117.

<sup>533</sup> SCHLAG, 2023, p. 76.

<sup>534</sup> SCHLAG, *op. cit.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinícius. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, jul./ago. 2006, p. 679-698.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e o Indivíduo como Sujeito de Direito. **Doutrina DPU**, nº. 27, mai./jun. 2009, p. 108-118.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Perguntas & Respostas: Como os aprimoramentos nas tarifas de transmissão de energia elétrica beneficiam o Brasil?**. Brasília, 2023. 18 p., il. Disponível em: <<https://biblioteca.aneel.gov.br/acervo/detalhe/236442>>.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa ANEEL nº. 1.024, de 28 de junho de 2022**. Aprova os Submódulos 7.4, 9.4 e 10.5 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET, e revoga as Resoluções Normativas nº 349, de 13 de janeiro de 2009 e nº 559, de 27 de junho de 2013. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 133, n. 32, p. 115-121, 30 jun. 2022(a). Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-aneel-n-1.024-de-28-de-junho-de-2022-411401660>>.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 365, de 19 de outubro de 2022**. Susta as Resoluções Normativas ANEEL nº 1.024, de 28 de junho de 2022, que aprova os Submódulos 7.4, 9.4 e 10.5 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET, e revoga as Resoluções Normativas nº 349, de 13 de janeiro de 2009 e nº 559, de 27 de junho de 2013, e nº 1.041, de 20 de setembro de 2022, que aprova novas versões dos Submódulos 7.4 e 9.4 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET, aplicáveis às concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022(b). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=23358449>>.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 365, de 19 de outubro de 2022**. Susta as Resoluções Normativas ANEEL nº 1.024, de 28 de junho de 2022, que aprova os Submódulos 7.4, 9.4 e 10.5 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET, e revoga as Resoluções Normativas nº 349, de 13 de janeiro de 2009 e nº 559, de 27 de junho de 2013, e nº 1.041, de 20 de setembro de 2022, que aprova novas versões dos Submódulos 7.4 e 9.4 dos Procedimentos de Regulação Tarifária - PRORET, aplicáveis às concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica. Brasília: Senado Federal, 2022(c). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155101>>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 133, n. 32, p. 1-4, 14 fev. 1995. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm)>.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 134, n. 251, p. 1-4, 27 dez. 1996. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19427cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004.** Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 141, n. 51, p. 2-5, 16 mar. 2004. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm)>.

BRESSMAN, Lisa Schultz. Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the Administrative State. **New York University Law Review**, vol. 78, n. 461, mai. 2003, p. 461-556.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. 480 p.

CUNHA, Bruno Queiroz. Antagonismo, modernismo e inércia: a política regulatória brasileira em três atos. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 14, Edição Especial, Artigo 4, p. 473-485, jul. 2016.

COSTA, Rafael Viana de Figueiredo. Institucionalizando tensões entre o legislativo e o regulador: proposta para uma lei de revisão dos atos normativos das agências pelo Congresso Nacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 9, n. 1, p. 134-156, 2022.

DEVINE, Luke. Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State by Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule. **Osgoode Hall Law Journal**, York University, v. 59. Issue 1 (Winter 2022), p. 237-242.

DUDLEY, Susan E. Milestones in the Evolution of the Administrative State. **Daedalus**, MIT Press, vol. 150, n. 3, 2021, p. 33-48.

DWIGHT, Waldo. **The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration**. Nova York: The Ronald Press Company, 1948.

\_\_\_\_\_. The Administrative State Revisited. **Public Administration Review**, vol. 25, n. 1, edição do 25º aniversário, p. 5-30, mar. 1965.

GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 123-152, 2017.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, PUCPR, v. 9, n. 3, set./dez. 2018, p. 402-430.

\_\_\_\_\_. O Congresso Nacional e a frágil autonomia das agências reguladoras. **Revista Conjuntura Econômica**. São Paulo, FGV, v. 74, n. 3, mar. 2020, p. 26-28.

JORDÃO, Eduardo *et al.* A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 56, n. 222, abr./jun. 2019, p. 75-107.

JORDÃO, Eduardo *et al.* Sustação de normas de agências reguladoras pelo Congresso Nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CFRB. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e. 2315, 2023, p. 1-30.

KRAUSE, George A. Representative Democracy and Policy-Making in the Administrative State: Is Agency Policy-Making Necessarily Better? **Journal of Public Policy**, Cambridge University Press, v. 33, n. 2, 2013, p. 111–135.

LAWSON, Gary S. The Rise and Rise of the Administrative State. **Harvard Law Review**, Boston, vol. 1231, 1994.

LIMA, Artur Carnaúba. **O poder normativo das agências reguladoras: deslegalização, legitimidade democrática e controle**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2016, 146 p.

LIMA, J. W. Marangon; SOUZA, A. C. Zambroni de; LOPES, B. I. Lima. Principais Obstáculos à Intensificação do Sinal Locacional na Metodologia Nodal. **In: Anais do II Congresso de Inovação Tecnológica em Energia Elétrica (CINETEL)**, Salvador, Bahia, Brasil, 2003, p. 1059-1064.

LOWANDE, Kenneth. Who Polices the Administrative State? **American Political Science Review**, v. 112, n. 4, 2018, p. 874–890.

MASTERS, Brooke. **Adrian Vermeule’s legal theories illuminate a growing rift among US conservatives**. Financial Times [online], Londres, 19 dez. 2021. Disponível em: <[www.ft.com/content/5c615d7d-3b1a-47a2-86ab-34c7db363fe4](http://www.ft.com/content/5c615d7d-3b1a-47a2-86ab-34c7db363fe4)>. Acesso em: 09 out. 2023.

MASTRODI, Josué; COSTA, Lucas Rocha da. A discricionariedade técnica e o controle político das agências reguladoras no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 165-191, out./dez. 2015.

MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. **RAP**, Rio de Janeiro, vol. 40 (4), p. 545-565, jul./ago. 2006.

MIGUEIS, Anna Carolina. O Estado Administrativo no Brasil: um transplante jurídico imperfeito. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-27, mai./ago. 2022.

NASCIMENTO, Roberta Simões. A legislação baseada em evidências empíricas e o controle judicial dos fatos determinantes da decisão legislativa. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ)**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, set./dez. 2021(a), p. 1-34.

\_\_\_\_\_. Análise econômica do processo legislativo: a teoria da escolha pública, a racionalidade coletiva e o comportamento estratégico na política brasileira. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. (Org.). **Temas em direito e economia**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021(b), v. 1, p. 297-349.

\_\_\_\_\_. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. **Revista Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, n. 58, n. 232, p. 167-193, out./dez. 2021.

NASCIMENTO, Roberta Simões; SALINAS, Natasha. O que a bagagem gratuita em voos releva sobre a dinâmica regulação: a interação entre agências, Congresso Nacional e Presidência da República. In: NASCIMENTO, Roberta Simões. **Estudos de Direito Constitucional Parlamentar**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 411-415.

PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. Populism and Public Administration: Confronting the Administrative State. *Administration & Society*, 2019, p. 1-25.

PINHO, Clóvis Bertolini de. Reserva de administração (ou regulação) e leis de iniciativa parlamentar em matéria de regulação: uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**. Belo Horizonte, ano 20, n. 78, p. 23-43, abr./jun. 2022.

PRADO, Mariana Mota. Implementing independent regulatory agencies in Brazil: The constraining experiences in the electricity and telecommunication sectors. **Regulation & Governance**, v. 6, issue 3, set. 2012, p. 300-326.

RAMOS, Murilo César. Agências Reguladoras: a reconciliação com a política. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación (EPTIC)**, vol. VII, n. 5, mai./ago. 2005, p. 17-39.

REY, Beatriz. O Congresso e o balanço de poder no Brasil. **Journal of Democracy**, v. 12, n. 2, nov. 2023, p. 1-27.

ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa? **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 193-221, jan./abr. 2016.

ROMERO, Felipe Lima Araújo. **Avocação legislativa da escolha regulatória: teoria e prática da interação entre agências reguladoras e poder legislativo na construção da política regulatória**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022, 183 f.

ROSENBLOOM, David. Retrofitting the Administrative State to the Constitution: Congress and the Judiciary's Twentieth-Century Progress. **Public Administration Review**, vol. 60, n. 1, jan./fev. 2000, p. 39-46.

SABEL, Charles; KESSLER, Jeremy. The Uncertain Future of Administrative Law. **Daedalus**, vol. 150, n. 3, The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruction (Summer 2021), 2021, p. 188-207.

SALINAS, Natasha. A intervenção do Congresso Nacional na autonomia das agências reguladoras. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 2, p. 586-614, mai./dez. 2019.

SCHLAG, Pierre. The Administered State. In: SCHLAG, Pierre. **Twilight of the American State**, University of Michigan Press, 2023, p. 70–93.

SEIDENFELD, Mark. The Role of Politics in a Deliberative Model of the Administrative State. **George Washington Law Review**, v. 81, 2013, p. 1397-1457.

SOUZA, Alexis de Paula; MENEGUIM, Fernando. O decreto legislativo e o controle da atividade normativa do Poder Executivo. **REGEN Revista de Gestão, Economia e Negócios**, v. 1, n. 1, 2021, p. 73-103.

STRAUSS, Peter L. How the Administrative State Got to This Challenging Place. **Daedalus**, vol. 150, n. 3, The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruction (Summer 2021), 2021, p. 17–32.

TUSHNET, Mark. Introduction: The Pasts & Futures of the Administrative State. **Daedalus**, vol. 150, n. 3, The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruction (Summer 2021), 2021, p. 5–16.

VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State**. Boston, Massachusetts: Harvard University Press, 2016, 208 p.

WHITE, Avery; NEBLO, Michael. Capturing the Public: Beyond Technocracy & Populism in the U. S. Administrative State. **Daedalus**, vol. 150, n. 3, The Administrative State in the Twenty-First Century: Deconstruction and/or Reconstruction (Summer 2021), 2021, p. 172–187.