Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Ruy Abdalla Soares

LEGITIMIDADE DA EXISTÊNCIA E DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Brasília

2017

Ruy Abdalla Soares

LEGITIMIDADE DA EXISTÊNCIA E DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB

Orientador: Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

Brasília

2017

Nome: SOARES, Ruy Abdalla.

Título: “Legitimidade da existência e da atuação das agências reguladoras”.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da apresentação: 03/07/2017

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

_____

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes (Orientador)

_____

Professor Doutor Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira (Membro)

_____

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão (Membro)

Agradeço a Deus por me amar incondicionalmente, ainda que eu não mereça, por meio de seu Filho, Jesus Cristo, que morreu numa cruz para salvar a todos os que nEle creem.

Agradeço ao meu pai, Luiz, e à minha mãe, Roseane, por todo o apoio ao longo não somente da graduação como em toda minha vida. Agradeço também à minha irmã, Rhaissa, pelo carinho e incentivo.

Por fim, agradeço aos amigos que contribuíram para que este momento chegasse.

RESUMO

Este trabalho objetiva verificar se o modelo de agências reguladoras é legítimo, ou seja, se é compatível com o Estado democrático de direito. Essa indagação surge, principalmente, do fato de que os dirigentes das agências não são eleitos por voto popular, ainda que exerçam poder regulamentar. Para solucionar o problema, fez-se, em um primeiro momento, uma abordagem histórica, sobre o contexto de surgimento das agências, e uma abordagem jurídica, sobre a conformação das agências no ordenamento jurídico brasileiro; em um segundo momento, com base nos pressupostos teóricos advindos da primeira etapa, buscou-se resposta à questão central deste trabalho.

Concluiu-se que o modelo de agências reguladoras é legítimo. Contudo, essas agências não podem existir de forma desmesurada. A sua estrutura e o seu funcionamento devem ser balizados por critérios que as permitem ter uma experiência democrática.

Palavras-chave: agências reguladoras; legitimidade; Estado democrático de direito; déficit democrático; critérios democráticos.

ABSTRACT

This work aims to check if the regulatory agencies model is legitimate, in other words, if it is compatible with the democratic State that respects the rule of law. That question comes, mainly, from the fact that the agencies' leaders are not elected by popular vote, even though they have regulatory power. To solve the problem, at first, it was made a historical approach, about the arising context of the agencies, and a juridical approach, about the agencies' portrayal in Brazilian legal order; at second, based on the theoretical assumptions coming from the first stage, it was searched an answer to the central aim of this work.

It was concluded that the regulatory agencies model is legitimate. However, those agencies cannot exist in an unmeasured way. Its structure and operation should be guided by criteria that enables a democratic experience.

Keywords: regulatory agencies; legitimacy; State that respects the rule of law; democratic deficit; democratic criteria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....9

1 A FALÊNCIA DO MODELO CENTRALIZADOR DE ESTADO E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....11

1.1 O processo de evolução histórica do Estado.....11

1.2 Como e por que ocorreu o processo de inchamento do Estado brasileiro.....13

1.3 As transformações jurídicas operadas no Estado brasileiro em reação ao seu inchamento estrutural.....16

1.4 Modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico.....20

1.5 O surgimento em si das agências reguladoras no Brasil.....23

2 O QUE SÃO AGÊNCIAS REGULADORAS.....26

2.1 Agências reguladoras são autarquias sob regime especial.....27

2.2 A disciplina jurídica dos dirigentes e dos servidores de agências reguladoras.....28

2.3 Autonomia das agências reguladoras relativamente aos poderes estatais.....30

2.4 O poder regulamentar das agências reguladoras.....31

2.5 A diferença entre os modelos de agências reguladoras estadunidense e brasileiro.....33

3. ANÁLISE DE LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO E DA EXISTÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....37

3.1 Legitimidade e democracia.....37

3.2 A compatibilidade das agências reguladoras com a democracia.....39

3.3 Critérios democráticos a serem observados por agências reguladoras.....46

CONCLUSÕES.....56

Introdução

> Tanto a vontade popular manifestada pela via democrática das eleições como os limites necessários à manutenção do equilíbrio entre os poderes são colocados entre parênteses para que a atuação do poder administrativo-burocrático possa corresponder e se coadunar com a dinâmica própria do sistema econômico, que exige contínuo crescimento de longo prazo.

A afirmação acima foi feita por Othon de Azevedo Lopes em seu livro "Fundamentos da Regulação" no tópico referente às agências reguladoras. Esse trecho foi selecionado para iniciar a exposição do problema que será abordado neste trabalho porque toca muito bem no ponto central da inquietação quanto à existência e à atuação das agências reguladoras.

Nesse excerto, aponta-se dois postulados como sendo pedras angulares do Estado Democrático de Direito: (i) a vontade popular manifestada pela via democrática das eleições e (ii) os limites necessários à manutenção do equilíbrio entre os poderes.

De fato, essas duas construções foram edificadas ao longo de muitos anos e são muito caras às democracias contemporâneas, tendo em vista o seu altíssimo valor provado pelos avanços sociais ao longo da história das sociedades humanas. Assim sendo, o surgimento de uma proposta nova para a atuação do administrador público que supostamente questione a centralidade desses pilares causa, no mínimo, um susto. Isso porque a ideia de retrocesso social é vista com muito maus olhos, até porque o alcance de muitos patamares sociais não foi feito de forma rápida e gratuita.

Questionar a legitimidade dessa proposta inovadora é essencial e, por isso mesmo, essa atitude vem recebendo grande atenção da comunidade acadêmica e da jurisprudência. Esse é, portanto, o assunto que se pretende abordar neste texto de pesquisa. Para fazê-lo, um caminho a ser percorrido foi selecionado. Passa-se agora a apresentá-lo.

Basicamente, o trabalho será dividido em duas etapas, sendo a primeira voltada ao estabelecimento do arcabouço teórico necessário à análise do problema proposto a ser analisado por este trabalho e a segunda, à análise em si do problema, levando em conta as premissas estabelecidas na primeira etapa.

Assim sendo, na primeira etapa, explicar-se-á o surgimento das agências reguladoras e a sua conformação jurídica no ordenamento brasileiro.

Na segunda, tendo sido estabelecida a base conceitual, analisar-se-á se o modelo de agências reguladoras é compatível com a tomada de decisões em um Estado democrático de direito.

1 A falência do modelo centralizador de Estado e o surgimento das agências reguladoras

O surgimento das agências reguladoras está diretamente relacionado a uma crise de eficiência de atuação estatal na prestação dos serviços mais importantes para a população, os chamados serviços públicos, e na exploração de atividades econômicas diretamente pelo Estado, na condição de Estado-empresário.

O aumento da estrutura estatal com a finalidade de abranger o controle e a prestação dessas atividades, revelou, historicamente, um inchaço excessivo do aparato estatal, que, por ser incapaz de gerenciar de forma adequada um emaranhado de microssistemas, começou a ser ineficiente.

Lucas Rocha Furtado (2013) diz que os países da Europa chegaram a essa constatação na década de 1980, quando lá começou a surgir as agências reguladoras, e que, no Brasil, as agências reguladoras surgiram a partir da segunda metade da década de 1990.

O surgimento das agências reguladoras foi responsável pela transferência da prestação de vários serviços públicos, em especial dos que podem ser explorados como atividades empresariais, para entidades privadas, por meio de instrumentos jurídicos diversos, além da redução da atuação direta do Estado na condição de empresário, com uma consequente assunção do papel de regulador. O Estado passou a ser um garantidor de que a prestação dos serviços essenciais, públicos ou de iniciativa privada, seja feita de maneira adequada.

Para compreender esse processo de transferência da prestação dos serviços públicos das mãos do Estado para as mãos dos particulares e o início da atuação do Estado como regulador não apenas dessas atividades transferidas, mas também de atividades eminentemente econômicas, sob a forma de agências reguladoras, é necessário ter em vista o processo de evolução histórica do Estado.

1.1 O processo de evolução histórica do Estado

Desde o final do século XIX e ao longo do século XX, o Estado passou por três fases razoavelmente definidas. Luís Roberto Barroso (2002) aponta as principais características de cada uma dessas fases. Vejamos.

A primeira fase é a do chamado Estado liberal. Essa fase ocorreu no período histórico denominado de pré-modernidade. Nela, pode-se identificar um Estado com funções reduzidas, preocupado, principalmente, com a segurança, a justiça e outros serviços essenciais. Este modelo de Estado ocorreu na virada do século XIX para o século XX. Neste momento histórico, foram afirmados os direitos relacionados à proteção das pessoas em face do Poder Público, tais como os direitos de participação política e os direitos individuais.

A segunda fase corresponde ao chamado Estado social ou Estado de bem-estar social (*welfare state*, no inglês). Essa fase iniciou-se na segunda década do século XX. Nela, o Estado começou a assumir alguns papeis econômicos de condutor do desenvolvimento econômico e de promotor da distribuição das riquezas, a fim de atenuar distorções do mercado e de amparar pessoas que ficavam à margem do progresso econômico. Tomaram centralidade, nesse momento, os direitos sociais, que visam, dentre outras finalidades, a proteger o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores. Foram introduzidos, ainda, nesse período histórico, alguns conceitos, como os de função social da propriedade e da empresa.

Por último, a terceira fase apontada no curso da evolução histórica estatal demonstra um Estado cercado de críticas. Essa fase ocorreu na quadra final do século XX. Ela é chamada de fase da pós-modernidade. Nela, o Estado perde, nas palavras de Barroso (2002), o seu “charme redentor” e passa a ser identificado com as ideias de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. O potencial do Estado como instrumento do progresso e da transformação começou a ser encarado com ceticismo, de modo que os discursos da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais tomaram centralidade. Surgiram, nesse momento, os direitos difusos, titularizados por uma pluralidade indeterminada e indivisíveis em seu objeto. Incluem-se nos direitos difusos, por exemplo, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos.

Nota-se, contudo, que essas três fases pelas quais o Estado passou em seu processo evolutivo podem ser melhor identificadas na Europa. Lá, os traços de cada uma das fases ficaram mais evidentes. Aqui no Brasil, contudo, a realidade foi outra, pois a nossa história não permite identificar de forma tão clara, em cada período evolutivo do Estado, a existência isolada de características a ele pertinentes. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2002) afirma que é impossível "encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno".

Barroso (2002) aponta que, no Brasil, durante o período liberal, nunca se livrou completamente da onipresença do Estado. Ele explica que, historicamente, a sociedade brasileira sempre girou em torno do "oficialismo". Para ele, isso é provado pelo fato de que, em regra, os êxitos e fracassos políticos, sociais e empresariais, no Brasil, sempre dependeram das "bênçãos do poder estatal". O caráter nacional é um traço marcante na sociedade brasileira, o qual teve origem na colônia, passou pelo Império, aumentou na República Velha e, mesmo depois dela, continuou a existir.

Por sua vez, o período moderno brasileiro, segundo Barroso (2002), começou com a Revolução de 30, institucionalizou-se com a Constituição de 1934, que abriu um título para a ordem econômica e social, e se "perverteu", nos termos de Barroso (2002), no golpe do Estado Novo, de 1937. De 1946 a 1964, a modernidade reviveu, mas foi abalada pelo golpe militar de 1964.

Por último, a pós-modernidade brasileira teria tido início com o final do período ditatorial, o qual, embora oficialmente tenha finalizado em 1985, teve, na realidade, um "apêndice" de 1985 a 1990. Mesmo depois desse apêndice, a pós-modernidade brasileira também passou por dificuldades porque, logo em sua origem, ocorreu a primeira deposição constitucional de um governo na história do Brasil (BARROSO, 2002).

1.2 Como e por que ocorreu o processo de inchamento do Estado brasileiro

Levando-se em consideração esses esclarecimentos históricos, passa-se a falar de como ocorreu o processo de inchamento do Estado brasileiro. Antes de se

abordar esse processo, contudo, é interessante fazer pequena nota acerca das razões que fizeram com que o Estado brasileiro atuasse mais, comparativamente a outros, no papel de empresário, como alternativa, por exemplo, à concessão de setores estratégicos à exploração da iniciativa privada, em especial da estrangeira.

Barroso (2002) registra que o processo de acumulação de capitais na maioria dos países industrializados e desenvolvidos ocorreu numa época em que a exploração do trabalho dava-se em níveis infracivilizados (BARROSO, 2002). De fato, se observarmos como a iniciativa privada acumulou capital nos países europeus, por exemplo, notaremos que os trabalhadores, àquela época, não gozavam de direitos fundamentais protetivos da saúde e garantidores de um patamar mínimo de existência digna.

No caso do Brasil, assim como em outros países de industrialização tardia, o processo de acúmulo de capitais não gozou, nos termos de Barroso (2002), dessas “facilidades”, o que forçou o Estado a atuar como agente do capitalismo, já que ele era quase que o único detentor de capital. Os agentes privados, de modo geral, não dispunham de recursos para financiar seus próprios investimentos.

Feito esse esclarecimento, passa-se a dar atenção ao processo de inchamento do Estado brasileiro. Primeiramente, registra-se que esse processo foi contínuo e ocorreu ao longo de muitas décadas (BARROSO, 2002).

O seu começo remonta à década de 40, quando se deu a implementação da política de substituição das importações. Nesse período, a iniciativa privada ainda era, como visto, muito frágil, de modo que o impulso inicial se deu basicamente por iniciativa oficial. Surgiram, assim, as primeiras grandes empresas estatais, tais como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (BARROSO, 2002).

A década seguinte, dos anos 1950, foi dominada pela discussão filosófica sobre o papel do Estado, haja vista que o mundo assistia, à época, à Guerra Fria. Por ser um período conturbado, nele surgiram apenas duas grandes empresas estatais merecedoras de destaque, que são o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (o atual BNDES) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), que foi criada depois de ampla mobilização popular (BARROSO, 2002).

Foi a partir da década de 60, em especial depois do início do período militar, em 1964, e ao longo de toda a década de 70, que ocorreu o agigantamento do Estado brasileiro. Nesse período, surgiram mais de 300 empresas estatais, como, por exemplo, a Eletrobras, a Nuclebras, a Siderbras, entre outras. Esse período ficou conhecido como o período das empresas “bras”. Barroso (2002) aponta que, em setembro de 1981, “recenseamento oficial arrolava a existência, apenas no plano federal, de 530 pessoas jurídicas públicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais”.

No final do século XX, a situação em que se encontrava o Estado brasileiro era deplorável porque tinha uma estrutura grande, ineficiente, com muita corrupção e incapaz de resolver o problema da luta contra a pobreza (BARROSO, 2002).

Essa situação fática deu origem à discussão sobre o papel do Estado no Brasil, debate que se acentuou, principalmente, após a Constituição de 1988 e ao longo da década de 90, como consequência da onda mundial de passagem do modelo em que o Estado ou as entidades por ele controladas tomavam centralidade no processo econômico para o modelo em que a iniciativa privada passou a ser responsável pela condução do processo econômico. Barroso (2002) salienta que “é fora de dúvida que a sociedade brasileira exibia insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo – desastradamente ativo – no campo econômico”.

Neste ponto, é interessante observar, conforme lembrado por Barroso (2002), que esse discurso de abandono da centralidade do Estado no domínio econômico estava, em grande medida, revestido de incongruência.

Barroso (2002) afirma que esse Estado brasileiro do final do século XX, grande e complexo, favorecia uma classe dominante, por ele chamada de “burguesia industrial e financeira”. Ele aponta, por exemplo, que o Estado tomava emprestado dinheiro no exterior e emprestava, internamente, a juros baixos, para essa classe favorecida.

Por causa de acontecimentos assim, Barroso (2002) conclui que esse grupo de particulares, constituintes dessa classe favorecida, era beneficiado pela estrutura agigantada e burocrática do Estado brasileiro. Mais ainda, ele conclui que esse Estado

que a “classe dominante brasileira” quis abandonar foi justamente o Estado que a serviu durante toda a sua existência.

Ainda continuando essa linha de argumentação, Barroso (2002) constata que a

> (...) privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital.

Em outras palavras, ele quis dizer que as privatizações que começaram a acontecer nesse período de transição da história do Estado brasileiro representaram, na verdade, uma publicização do capital porque o Estado brasileiro que controlava as empresas estatais era um Estado que não se pautava pela realização do interesse público, mas sim pelo atendimento dos interesses de grupos privilegiados.

De toda forma, ainda que se possa identificar essas incongruências no argumento de abandono das estruturas estatais centralizadas e na ânsia pela privatização de serviços e atividades empresariais, é fato, conforme mencionado anteriormente, que o Estado brasileiro tinha chegado, no final do século XX, a um ponto em que dispunha de uma estrutura inchada, marcada por ineficiência e corrupção, o que o impedia de resolver os problemas que motivaram a ampliação de sua estrutura de forma a resultar em seu inchaço.

Por essa razão, o Estado teve que passar por reformas econômicas. Como forma de viabilizar essas reformas econômicas, foram feitas transformações importantes no ordenamento jurídico, as quais, dentre outros reflexos, resultaram na criação das agências reguladoras. Vejamos, a seguir, como esse processo se deu.

1.3 As transformações jurídicas operadas no Estado brasileiro em reação ao seu inchamento estrutural

De acordo com Barroso (2002), houve três importantes transformações no ordenamento jurídico brasileiro. Cada uma delas teve um objetivo central: (i) remover

barreiras ao capital estrangeiro; (ii) flexibilizar os monopólios estatais; e (iii) promover as privatizações. A seguir, examina-se cada uma dessas transformações.

A primeira transformação importante do ordenamento jurídico brasileiro na matéria da ordem econômica foi a **remoção de algumas barreiras ao capital estrangeiro**. Dentre as modificações feitas, destacam-se quatro. Vejamos.

Em primeiro lugar, destaca-se a revogação do art. 171, da Constituição da República, o qual fazia distinção entre empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional e dava privilégios às últimas.

Em segundo lugar, destaca-se a alteração do § 1º, do art. 176, da Constituição da República, com a finalidade de permitir que não apenas brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, mas sim brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no Brasil possam realizar lavra, pesquisa e aproveitamento de potenciais de jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica (BARROSO, 2002).

Em terceiro lugar, destaca-se a alteração do art. 178, da Constituição da República, o qual deixou de exigir: (i) que fosse feita disposição legal que impusesse a predominância de armadores nacionais e de navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador; (ii) que sejam brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelos menos, dos tripulantes de embarcações nacionais; e (iii) que a navegação de cabotagem e a interior sejam privativas de embarcações nacionais, salvo em caso de necessidade pública, conforme dispusesse a lei. Esse dispositivo passou a exigir, após a alteração em seu parágrafo único, apenas que a lei estabeleça as condições em que poderão ser feitos por embarcações estrangeiras o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior (BARROSO, 2002).

Por último, em quarto lugar, destaca-se a recente promulgação da Emenda Constitucional nº 36/2002, a qual modificou o texto constitucional, que passou a permitir a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão (BARROSO, 2002).

Sendo assim, conclui-se que essas alterações no ordenamento jurídico brasileiro foram importantes para viabilizar e aumentar o volume de investimentos estrangeiros no país.

A segunda transformação importante do ordenamento jurídico brasileiro na matéria da ordem econômica foi responsável pela **flexibilização dos monopólios estatais**. Pode-se destacar três Emendas Constitucionais com essa finalidade (BARROSO, 2002).

Destaca-se, primeiramente, a Emenda Constitucional nº 5, de 15/08/1995, que, ao modificar a redação do § 2º, do art. 25, da Constituição Federal, fez com que fosse permitido que os Estado-membros deleguem a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado a empresas privadas. Antes dessa mudança no texto constitucional, apenas era permitido que esses serviços fossem delegados a empresa sob controle acionário estatal (BARROSO, 2002).

Em segundo lugar, destaca-se a Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, que alterou os incisos XI e XII, do art. 21, da Constituição Federal. Essa alteração fez com que a exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que antes apenas era permitida a empresa estatal, passasse a ser permitida, mediante autorização, permissão ou concessão, a empresas privadas (BARROSO, 2002).

A terceira e última Emenda Constitucional que se destaca é a de nº 9, de 09/11/1995, a qual tornou permitido que a União contrate com empresas privadas: (i) atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (ii) refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; e (iii) importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo. Essa mudança se deu por meio da alteração do § 1º, do art. 177, da Constituição Federal, e da Lei nº 2.004/1951 (BARROSO, 2002).

Por fim, a terceira importante transformação do ordenamento jurídico brasileiro na matéria da ordem econômica foi responsável pelas **privatizações**. Barroso (2002) relata que essa mudança ocorreu sem a necessidade de alteração do texto constitucional, tendo sido viabilizada pela edição da Lei nº 8.031, de 12/04/1990 (posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997), que instituiu o Programa Nacional de Privatização.

Barroso (2002) destaca que esse programa teve como principais objetivos, de acordo com os incisos I e IV, do art. 1º, de sua lei instituidora, (i) a reordenação da posição estratégia do Estado na economia, por meio da transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público; e a (ii) contribuição para a modernização do parque industrial do País, de forma a ampliar sua competitividade e reforçar a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Barroso (2002) explica que esse programa foi concretizado por meio, principalmente, de dois instrumentos, que são

> (a) a alienação, em leilão, nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos e (b) a concessão de serviços públicos a empresas privadas.

Além dessas três importantes transformações no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreram, durante esse período, outras mudanças em setores cruciais, as quais também merecem destaque. Barroso (2002) cita como exemplos os setores de energia, telecomunicações e petróleo, os quais assistiram à criação de agências reguladoras, e, além disso, ele também destaca que houve, nesse período, modernização dos portos, alterações na defesa da concorrência e na forma de realização das concessões e permissões.

Essas transformações, contudo, não podem ser encaradas como uma simples redução da atuação estatal na economia. Para Barroso (2002), o que houve, na verdade, foi uma mudança na forma como o Estado influencia a economia. Se, antes, ele atuava diretamente, como Estado-empresário, administrando suas próprias empresas, depois dessas reformas, ele passou a exercer regulação e fiscalização dos serviços públicos e das atividades econômicas. Ele conclui: “O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos”.

Por último, Barroso (2002) também ressalta que, durante essa década de 90, embora tenham havido diversas medidas de flexibilização do monopólio estatal e de atração do investimento estrangeiro, também houve a criação de normas protetivas. Surgiram, por exemplo, normas protetivas aos consumidores em geral e a

consumidores específicos, como os de planos de saúde, os alunos de escolas particulares e os clientes de instituições financeiras; normas protetivas ao meio ambiente; e normas que estruturam um sistema de defesa e manutenção das condições de livre concorrência.

Esse foi o cenário em que começaram a surgir as agências reguladoras brasileiras. Antes de examinarmos o surgimento delas nos planos federal e estadual, contudo, é interessante compreender quais são, em suma, as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, a fim de que se tenha uma melhor compreensão de qual é, especificamente, o papel assumido por elas e por que elas surgiram como consequência do despontar de um novo modelo de Estado.

1.4 Modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu “Curso de direito administrativo”, diz que a atuação estatal no domínio econômico pode ser feita de três formas: por meio do poder de polícia, por incentivos à iniciativa privada e por atuação empresarial. Sobre esse critério, Barroso (2002) explica que essas três formas de atuação resultam em três conjuntos de mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico, que são a disciplina, o fomento e a atuação direta, respectivamente. Depois de fazer essa explicação, Barroso (2002) passa a expor mais profundamente sobre cada um desses conjuntos de mecanismos.

Primeiramente, Barroso (2002) explica que a atuação do Poder Público na economia, por meio da disciplina, pode ser feita de três maneiras: pela edição de leis, pela edição de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia.

Para ele, por meio das leis, o Estado exerce competências normativas primárias. Ele afirma que as leis criam normas decisivas para o desempenho da atividade econômica. Barroso afirma que algumas dessas leis possuem matriz constitucional e cita, como exemplos, o Código de Defesa do Consumidor (cuja matriz é o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal), a lei de remessa de lucros (cuja matriz é o art. 172, da Constituição Federal) e a lei de repressão ao abuso do poder econômico (cuja matriz é o art. 173, § 4º, da Constituição Federal).

Por sua vez, por meio da edição de regulamentos, Barroso (2002) afirma que o Estado exerce competências normativas de cunho administrativo, as quais são instrumentalizadas por diplomas como decretos regulamentares, resoluções, deliberações e portarias. Ele explica que algumas dessas competências podem ser exercidas em domínios importantíssimos, como a política de crédito e a de câmbio.

Por último, mas ainda dentro da atuação do poder estatal na economia por via da disciplina, Barroso (2002) destaca o poder de polícia, por meio do qual o Estado pode restringir direitos e condicionar o exercício de atividades em favor do interesse coletivo. Barroso (2002) explica que esse poder pode ser implementado em áreas como a política ambiental, a política sanitária e a fiscalização trabalhista.

Em segundo lugar, Barroso (2002) explica a atuação do Estado no domínio econômico por meio do fomento. Ele afirma que o fomento é o apoio à iniciativa privada e o estímulo a determinados comportamentos. Os exemplos de fomento por ele elencados são: (i) a promoção da instalação de indústrias ou outros ramos de atividade em determinada região por meio de incentivos fiscais; (ii) a expansão ou retração de determinado segmento da economia por meio de elevações ou reduções da alíquota sobre impostos, em especial do IPI, do imposto sobre a importação e do IOF, que possuem tratamento diferenciado quanto aos princípios de legalidade e anterioridade, de acordo com os arts. 150, § 1º, e 153, § 1º, da Constituição Federal; e (iii) a oferta de financiamento público a determinadas empresas ou setores do mercado, por meio de instrumentos como linha de crédito junto ao BNDES.

Por último, e em terceiro lugar, Barroso (2002) explica como o Estado atua diretamente no domínio econômico. Primeiramente, ele afirma que essa forma de atuação pode ser feita por meio da prestação de serviços públicos ou da exploração de atividades econômicas.

A prestação de serviços públicos, ele destaca, pode ser feita de forma direta ou de forma indireta. Se for feita de forma indireta, será realizada, por meio dos órgãos despersonalizados integrantes da Administração Pública centralizada. Por outro lado, se for feita de forma indireta, será realizada pelas entidades autônomas, com personalidade jurídica própria. Essas entidades podem ser de dois tipos.

O primeiro tipo são as pessoas jurídicas criadas pelo próprio Estado, por meio de lei, nos termos do que dispõe o art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, com

natureza de direito público, como é o caso das autarquias e das fundações públicas, (estas últimas também denominadas fundações autárquicas) ou de direito privado, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Esse tipo de prestação indireta dos serviços públicos, por meio de entidades criadas pelo próprio Estado, utilizando leis, é chamado de outorga.

Além da outorga, Barroso (2002) explica que também existe outra forma de descentralização da prestação de serviços públicos, que ocorre quando o Estado, em vez de criar entidades autônomas para fazê-lo, transfere essas atividades para a iniciativa privada, mediante contrato ou outro ato negocial. Essa forma de transferência é chamada de delegação. Para promove-la, Barroso (2002) preleciona que o Estado pode utilizar-se de figuras jurídicas clássicas como a concessão e a permissão e, também, de figuras mais recentes, genericamente chamadas de "terceirização", dentre as quais se incluem a franquia e o contrato de gestão. Vale destacar, ainda, que a delegação é prevista no texto constitucional no art. 175.

Por outro lado, para além da prestação de serviços públicos, a outra forma de atuação direta do Estado no domínio econômico é pela exploração direta de atividades econômicas. A exploração direta de atividades econômicas pelo Estado não pode ser feita de maneira tão ampla quanto a prestação de serviços públicos, pois a presença do Estado nessa área não é considerada, pelo ordenamento jurídico brasileiro, fundamental. Pelo contrário, Barroso (2002) aponta que nossa Constituição da República consagra, como princípio de incidência específica nesse tema, a livre iniciativa. Barroso (2002) explica, também, que a Constituição restringe a atuação do Estado de forma direta no domínio econômico, na condição de Estado-empresário, a três casos: (i) por imperativo da segurança nacional (previsto no art. 173, *caput*, da Constituição Federal); (ii) por relevante interesse coletivo (previsto no art. 173, *caput*, da Constituição Federal); e (iii) por monopólio outorgado à União (previsto, por exemplo, no art. 177, da Constituição Federal).

Por último, Barroso (2002) ressalta que, por causa das transformações econômicas pelas quais o Estado brasileiro passou, as quais foram analisadas anteriormente, "a reserva de atividades econômicas à exploração direta e monopolizada da União foi substancialmente alterada e flexibilizada". Ademais, ele esclarece que, por exigência do § 1º, do art. 173, da Constituição Federal, quando não

se tratar de monopólio, “o Estado deverá atuar diretamente no domínio econômico sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas”.

Com base nesses pressupostos teóricos relativos às modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, fica mais fácil compreender o surgimento das agências reguladoras no Brasil. A partir de agora, passa-se a estudar essa questão.

1.5 O surgimento em si das agências reguladoras no Brasil

Embora, historicamente, as agências reguladoras tenham surgido para assegurar que a prestação de serviços públicos transferida para particulares fosse feita de forma adequada, isso não quer dizer que não é possível que existam agências reguladoras destinadas à regulação de atividades puramente privadas (BARROSO, 2002).

Na hipótese de transferência da prestação de serviços públicos para as mãos de particulares, o Estado deixa de atuar como executor dos serviços públicos e passa a exercer as funções de planejamento, regulação e fiscalização desses serviços. O Estado não sai completamente de cena, mas sim muda o seu papel. Isso porque os serviços transferidos continuam a ter natureza de serviços públicos e, por causa disso, o Estado não pode deixar de garantir que sua prestação seja efetiva. A diferença, segundo Barroso (2002), deste novo modelo, de prestação descentralizada dos serviços públicos, é que a separação mais nítida entre o setor público e o setor privado revigora esse papel fiscalizador. Isso porque “quando os serviços eram prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas), estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente desempenhadas”.

Por outro lado, na hipótese de atuação do Estado na regulação de atividades econômicas propriamente ditas, Barroso (2002) registra que as primeiras manifestações nesse sentido começaram a ocorrer ainda no período das décadas de 30 a 70, quando surgiram alguns órgãos estatais com funções reguladoras, como o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e o Conselho Administrativo de

Defesa Econômica (CADE). Para Barroso (2002), esses órgãos “resistiram ao longo do tempo, mas vira, frustrada sua efetiva atuação reguladora porque, à exceção do CADE, nasceram subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo, fosse à Presidência da República, ou mesmo a algum Ministério”.

Na nova ordem constitucional, essa matéria recebeu tratamento específico no art. 174, que assim dispõe em seu *caput*: “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”. Este artigo compõe a redação original da Constituição da República.

Contudo, essa atividade ganhou proeminência, segundo Barroso (2002), quando, “por força de modificações introduzidas por Emendas à Constituição de 1988, passou-se a ter previsão expressa, em sede constitucional, de órgãos reguladores para os setores de telecomunicações (nova redação dada ao art. 21, XI, da Constituição federal, pela EC 8/95) e de petróleo (o inciso III do § 2º do art. 177 da Constituição ganhou nova redação com a EC 9/95)”. Barroso (2002) afirma que essas alterações possibilitaram “não só a introdução de órgãos reguladores, aos quais a legislação infraconstitucional sabiamente dotou de autonomia, mas também a expansão da atividade regulatória para outras áreas”.

Nesse sentido, Barroso (2002) faz um apanhado das agências reguladoras criadas no Brasil, destacando que, até 2002, no plano federal, já haviam sido criadas a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Ele destaca, também, que a Comissão de Valores Mobiliários, que já era considerada uma agência reguladora para muitos, recebeu, em 2002, um maior grau de autonomia, pela Lei nº 10.411, que criou mandatos estáveis para seus dirigentes.

Ademais, destaca-se o surgimento de agências reguladoras no plano dos Estados-membros. Em alguns deles, como é o caso dos Estados do Rio de Janeiro, Ceará, Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Rio

Grande do Norte, Santa Catarina e Sergipe, Barroso (2002) explica que foi criada uma única agência reguladora que abrange uma pluralidade de áreas de atuação.

Em outros Estados, por outro lado, como é o caso dos Estados de São Paulo e da Bahia, Barroso (2002) aponta que foram criadas, em conformidade com o sistema regulatório estabelecido no plano federal, agências reguladoras diversas para setores específicos.

Tendo sido estabelecida essa questão inicial, atinente ao surgimento das agências reguladoras, passa-se, agora, a analisar como é a configuração jurídica das agências reguladoras na realidade brasileira.

2 O que são agências reguladoras

No Brasil, agências reguladoras são entidades integrantes da Administração Indireta[1] (também chamada de Administração Descentralizada) do Poder Executivo, as quais gozam de razoável autonomia administrativa, gerencial, financeira, orçamentária, política e técnica em relação à Administração Direta.

A razão pela qual as agências reguladoras devem ter essa autonomia é para que sejam imparciais, rápidas e detentoras de conhecimento técnico adequado para elaborar normas aplicáveis à prestação de serviços considerados essenciais ao povo integrante de um determinado país. Quando se fala aqui em serviços essenciais, tem-se em mente não apenas os serviços públicos, mas também as atividades eminentemente econômicas que, por sua relevância e complexidade, a fim de que sejam adequadamente exercidas pelos agentes econômicos, demandam do Estado a criação de regulação setorial.

As agências reguladoras não são responsáveis por prestar serviços essenciais, mas sim por elaborar normas técnicas que regulamentam a sua prestação. Por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) não é responsável por prestar os serviços de energia elétrica em si, mas sim por assegurar que os agentes envolvidos nas várias etapas de sua prestação o façam de forma adequada (FURTADO, 2013).

Não existe uma lei específica criadora das agências reguladoras como um todo. Elas são criadas por leis esparsas. Ou seja, leis específicas criam cada qual uma agência reguladora, mas não existe uma lei com regramento geral que institui todas de uma só vez.

Di Pietro (2014) aponta que apenas a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) possuem fundamento constitucional, que seria, no caso da ANATEL, o art. 21, inciso XI, e, no caso da ANP, o art. 177, § 2º, III. O texto constitucional utiliza a expressão “órgão regulador” e não “agência reguladora”, o que indica apego à tradição brasileira.

---

[1] Di Pietro (2014) aponta que as agências reguladoras também podem ser órgãos da Administração Direta.

As leis ordinárias criadoras dessas agências reguladoras, contudo, utilizaram a expressão “agências reguladoras”, advinda da cultura estadunidense (DI PIETRO, 2014).

Di Pietro (2014) afirma que, ainda que não haja disciplina legal única, a instituição das agências vem obedecendo mais ou menos um mesmo padrão, o que, contudo, não impede que outros padrões sejam posteriormente idealizados. Esse padrão que tem sido obedecido é o de criar as agências reguladoras como autarquias sob regime especial.

2.1 Agências reguladoras são autarquias sob regime especial

Dizer que as agências reguladoras possuem natureza de autarquias sob regime especial quer dizer que elas são autarquias com características especiais, dadas pelo legislador quando de sua instituição.

A doutrina aponta que essas características especiais representam princípios setoriais, que devem ser obedecidos, a fim de que o objetivo por que foram criadas as agências reguladoras – de regulação, fiscalização e sancionamento dos diversos setores de serviços públicos e atividades econômicas – seja satisfeito. Esses princípios são (i) a autonomia política dos dirigentes, (ii) a autonomia técnico-decisional, (iii) a autonomia normativa e (iv) a autonomia gerencial, orçamentária e financeira (MOREIRA NETO, 2014).

A autonomia política dos dirigentes é representada pelo fato de que os dirigentes das agências reguladoras devem ser nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo, possuir mandatos estáveis, com prazo determinado, e, preferencialmente, defasado dos períodos de mandatos políticos do Poder Executivo (MOREIRA NETO, 2014).

Acrescenta-se, ademais, à autonomia política a garantia de que os dirigentes das agências reguladoras apenas podem perder seus mandatos nas hipóteses expressamente previstas em lei, não sendo permitida a exoneração *ad nutum* (DI PIETRO, 2014).

A autonomia técnico-decisional consiste na existência de um campo de discricionariedade técnica de tomada de decisão por parte das agências reguladoras com predomínio sobre a discricionariedade político-administrativa e, além disso, na inexistência de recurso hierárquico impróprio dessas decisões para o Poder Executivo (MOREIRA NETO, 2014). Em outras palavras, as decisões das agências reguladoras possuem caráter final, pois não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública (DI PIETRO, 2014).

A autonomia normativa refere-se ao poder dado às agências reguladoras de criarem autonomamente uma disciplina dos serviços públicos e das atividades econômicas que se submetem à sua regulação e ao seu controle (MOREIRA NETO, 2014).

Por último, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira refere-se ao fato de que a organização das contas das agências reguladoras é feita de forma independente da administração centralizada.

Concretamente, essas características especiais das agências reguladoras podem ser enxergadas, por exemplo, na Lei nº 9.427/97 (lei que instituiu a ANEEL), em seu art. 8º, § 2º, que dispõe que a “natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

Em 2000, foi publicada a Lei nº 9.986, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. Essa lei, dentre outros impactos, uniformizou a disciplina jurídica dos dirigentes e dos servidores de agências reguladoras (DI PIETRO, 2014). Vejamos como essa foi abordada.

2.2 A disciplina jurídica dos dirigentes e dos servidores de agências reguladoras

Com relação aos dirigentes das agências reguladoras, Di Pietro (2014) destaca os arts. 4º, 5º, 6º e 8º da Lei nº 9.986/2000.

O art. 4º estabelece que as agências serão dirigidas por um regime de colegiado, denominado Conselho Diretor ou Diretoria, composto por Conselheiros ou

Diretores, dentre os quais um será o Presidente, ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.

O art. 5º dispõe que todos os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria, inclusive o Presidente ou Diretor-Geral ou Diretor-Presidente, devem ser brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados. Esse artigo dispõe, ademais, que esses membros devem ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, depois de aprovação do Senado Federal, conforme estipula o art. 52, inciso III, alínea “f”, da Constituição Federal.

O art. 6º dispõe que o mandato dos dirigentes das agências reguladoras será o estipulado pela lei instituidora de cada agência.

O art. 8º, por fim, criou a conhecida “quarentena”, que é um período de espera de quatro meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato, a que o ex-dirigente de uma agência reguladora deve submeter-se, durante o qual estará proibido de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela agência que dirigia. Acrescenta-se que, nesse período, o ex-dirigente continuará vinculado à agência reguladora e recebendo remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu. Para Di Pietro (2014), essa quarentena é de “conteúdo moralizador”.

Com relação aos servidores, observa-se que a Lei nº 9.826/2000 buscou uniformizar o regime jurídico dos servidores das agências reguladoras. Foi previsto, originalmente, pela lei, que o regime dos servidores dessas entidades seria regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Essa previsão, contudo, não vigorou. Primeiro porque foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2310. Posteriormente, porque a Lei nº 9.986 foi alterada pela Lei nº 10.871/04, que estabeleceu o regime estatutário para os servidores das agências reguladoras nos moldes da Lei nº 8.112/1990, o que ocasionou a perda do objeto da ADI 2310 (DI PIETRO, 2014).

A natureza de autarquia sob regime especial, bem como a disciplina jurídica dos servidores e, em especial, dos dirigentes das agências reguladoras garante a essas entidades um considerável grau de autonomia em relação aos poderes estatais. Aliás, nos Estados Unidos, onde surgiram primeiramente as agências reguladoras,

essa é uma de suas principais características. Di Pietro (2014) observa que a importação desse modelo para a realidade brasileira trouxe algumas alterações, que inviabilizaram que as agências reguladoras não gozassem aqui do mesmo grau de autonomia que em sua origem nos Estados Unidos. Passemos, portanto, a perscrutar essa questão.

2.3 Autonomia das agências reguladoras relativamente aos poderes estatais

Nos Estados Unidos, as agências reguladoras gozam de certa independência em relação aos três poderes do Estado. Com relação ao Poder Legislativo, isso pode ser afirmado porque elas dispõem de função normativa. Com relação ao Poder Executivo, porque suas normas não podem ser revistas ou alteradas por autoridades externas a elas. Com relação ao Poder Judiciário, porque possuem função quase-jurisdicional, já que resolvem litígios entre os vários delegatários de serviços públicos e entre estes e os usuários de serviços públicos (DI PIETRO, 2014).

Para Di Pietro (2014), no Brasil, não se pode dizer que a situação é parecida. Segundo ela, agências reguladoras brasileiras, na verdade, gozam de maior independência apenas em relação ao Poder Executivo.

No Brasil, a independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe porque aqui foi adotado o sistema de unidade de jurisdição, expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (DI PIETRO, 2014).

A independência em relação ao Poder Legislativo, afirma Di Pietro (2014) também praticamente não existe por força do princípio da legalidade, que impõe que os atos normativos das agências não podem conflitar com normas constitucionais ou legais. Além disso, também porque as agências estão sujeitas a controle pelo Congresso Nacional (art. 49, inciso X, da Constituição Federal) e ao controle financeiro, contábil e orçamentário pelo Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas (art. 70 e seguintes da Constituição Federal).

Por fim, no Brasil, para Di Pietro (2014), a maior independência que existe é em relação ao Poder Executivo porque, embora estejam sujeitas ao controle exercido

pelo Ministério a que estão vinculadas, pelo Congresso Nacional (art. 49, X, da CF) e à direção superior da administração federal (Art. 84, II), possuem privilégios garantidos pelo regime especial legal a elas atribuído pelas leis que as instituem. Esses privilégios consistem, por exemplo, na proibição de revisão ou alteração de seus atos pelo Executivo e na estabilidade de seus dirigentes, conforme visto anteriormente.

2.4 O poder regulamentar das agências reguladoras

As características especiais das agências reguladoras visam evitar que as decisões por elas tomadas fiquem sujeitas às variações do perfil político do administrador público (FURTADO, 2013). Nesse sentido, é possível afirmar que a atuação das agências reguladoras é contramajoritária, já que o campo da regulação é retirado do centro do debate político, legitimado pelo voto popular, a fim de evitar que maiorias políticas desfavoráveis às exigências do mercado impactem a criação das normas regulatórias (LOPES, 2017).

Não se pode confundir, entretanto, o poder regulamentar das agências reguladoras com a competência do chefe do Poder Executivo de regulamentar a lei por meio da edição de decreto.

A competência do chefe do Poder Executivo de regulamentar a lei por meio da edição de decreto encontra-se prevista no art. 84, *caput* e inciso *IV*, da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos para sua fiel execução”.

Por outro lado, o poder regulamentar das agências reguladoras insere-se no âmbito da discricionariedade que tem o administrador público de atuar conforme critérios de conveniência e oportunidade, sempre dentro dos limites previamente fixados pela lei. Portanto, as agências reguladoras não podem editar normas que se sobreponham à lei ou aos eventuais decretos regulamentares editados pelo chefe do Poder Executivo. Conclui-se, assim, que é necessário que as normas das agências reguladoras estejam técnica, econômica e socialmente em consonância com o interesse público (FURTADO, 2013).

Pode-se dizer que o poder regulamentar das agências insere-se no âmbito da discricionariedade técnica. Discricionariedade técnica é um termo que foi utilizado pela primeira vez na Áustria e quer dizer que determinadas decisões administrativas, por exigirem elevado conhecimento técnico, somente podem ser tomadas por órgãos ou entidades especializados, capazes de apreciar a questão de maneira adequada e definir a melhor solução a ser observada (FURTADO, 2013).

Também é necessário esclarecer que as agências reguladoras, ao exercitarem seu poder regulamentar, além de não serem responsáveis por prestar os serviços por elas regulados, também não são responsáveis por criar as políticas públicas aplicáveis ao setor em que atuam. De fato, o que fazem as agências reguladoras é colocar em prática, executar, as políticas públicas. Cabe à Administração Direta das entidades políticas (União, estados, Distrito Federal e municípios) – em nível ministerial, na União – a formulação das políticas públicas, sendo necessária, para tanto, a devida participação do chefe do Executivo e do Poder Legislativo (FURTADO, 2013).

No setor energético, por exemplo, é possível identificar essa distribuição de competências. A Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), além de instituir a Agência Nacional do Petróleo (ANP), também instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). O CNPE, de acordo com o art. 2º desta Lei, é órgão vinculado à Presidência da República, presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia e que tem como atribuição propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a centralizar o debate, de modo multidisciplinar, sobre as questões energéticas de nosso país (FURTADO, 2013). A ANEEL e a ANP, por sua vez, ficam responsáveis por regular e implementar as políticas públicas resultantes desses debates sediados no CNPE e aprovadas pelo Presidente da República.

Como bem deve ter notado o leitor, até o presente momento foram abordados o conceito, as características, as funções e a natureza jurídica das agências reguladoras sob uma perspectiva panorâmica, haja vista que não se buscou aprofundar no conhecimento de uma agência reguladora em específico, mas sim na compreensão do cenário das agências reguladoras como um todo. Aliás, é válido registrar que essa abordagem panorâmica é a pretendida por este trabalho, que não visa a analisar o caso de uma agência reguladora em específico, mas sim das agências reguladoras em geral.

Feito esse esclarecimento, é possível afirmar também que até este ponto foi dada à exposição um enfoque regionalizado à situação brasileira. Contudo, a fim de que a questão das agências reguladoras como se desenvolveu no Brasil seja melhor compreendida, é necessário que se incursione, ainda que de forma não exaustiva, as origens geográficas e a razão histórica do surgimento do modelo de regulação expresso pelas agências reguladoras, que remontam aos Estados Unidos.

2.5 A diferença entre os modelos de agências reguladoras estadunidense e brasileiro

A origem do modelo de agências reguladoras remonta aos Estados Unidos da América. O termo “agência” como forma de se referir a um ente administrativo tem origem nos Estados Unidos, onde as agências têm relevante importância na organização da Administração Pública.

Esse termo, utilizado de forma muito ampla pela Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), designa “qualquer autoridade integrante do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”. Nos Estados Unidos, o termo agência, além de não incluir o Congresso e os Tribunais, também não abrange a Presidência da República (DI PIETRO, 2014).

Quanto a isso, Di Pietro (2014) defende que, no Brasil, não há qualquer possibilidade de serem criadas agências que escapem à direção superior do Presidente da República, pois aqui, por força de disposição constitucional (art. 84, II, da Constituição da República), compete privativamente a ele “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”.

Também é possível notar uma diferença entre o sistema brasileiro e o estadunidense quanto à complexidade da organização administrativa. Enquanto, no Brasil, existe uma estrutura complexa, composta por órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta, nos Estados Unidos a estrutura administrativa é simplificada, resumindo-se às agências, termo que pode ser considerado sinônimo de ente administrativo no direito brasileiro. Nossa organização administrativa é

complexa porque é derivada do sistema europeu-continental, fortemente caracterizado por uma maior robustez administrativa (DI PIETRO, 2014).

Nos Estados Unidos, as agências são tradicionalmente classificadas com base em dois critérios. O primeiro critério faz distinção entre agência reguladora (*regulatory agency*) e agência não reguladora (*non regulatory agency*).

É considerada agência reguladora aquela que possui poder normativo, delegado pelo Congresso, para editar normas que afetem direitos, liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos e não reguladora, aquela que não goza dessa prerrogativa (DI PIETRO, 2014).

O segundo critério faz distinção entre agência executiva (*executive agency*) e agência independente (*independent regulatory agency or comission*).

Agência executiva é aquela cujos dirigentes podem ser livremente destituídos pelo Presidente da República. Agência independente é aquela cujos dirigentes possuem maior estabilidade porque apenas podem perder seus cargos por razões expressamente previstas pela lei (DI PIETRO, 2014).

Uma outra característica das agências reguladoras estadunidenses é o fato de que elas exercem função quase-legislativa e quase-judicial. A função quase-legislativa consiste na edição de normas regulatórias e a quase-judicial, na solução de alguns conflitos de interesses, dizendo o direito para solucioná-los (DI PIETRO, 2014).

A função quase-judicial é aceita sem maiores contestações por ser submetida a controle dos Tribunais. De toda forma, essa função passou por uma evolução, que ampliou o controle dos Tribunais sobre as agências (DI PIETRO, 2014).

A função quase-legislativa, por sua vez, tem sido muito questionada, em razão da vedação à delegação de poder (ou função) estatal, que é uma decorrência do princípio da separação de poderes, encarado com muita rigidez nos Estados Unidos. Esse princípio impede que um poder delegue sua função a órgãos de outros poderes. Sendo assim, em consequência, seria inadmissível a delegação de função própria do Legislativo ao Executivo (DI PIETRO, 2014).

Em razão desse questionamento da legitimidade das agências reguladoras e também de uma disputa entre Legislativo e Presidência da República pelo controle das agências reguladoras, os poderes delas vêm sendo muito limitados,

principalmente no que diz respeito à função reguladora propriamente dita (DI PIETRO, 2014).

Por esses motivos, é curioso que as agências venham a servir de modelo justamente num momento em que, em seu país de origem, têm perdido prestígio e passaram a inspirar desconfiança por parte dos órgãos de governo e dos cidadãos (DI PIETRO, 2014).

O significado de regulação, em sentido amplo, conforme Calixto Salomão Filho (2001, apud DI PIETRO, 2014), abrange todo o tipo de organização da atividade econômica por meio do Estado, o que inclui tanto exercício de poder de polícia como concessão e regulação de serviços públicos.

Em razão dessa distinção, podem ser apontados dois tipos de agências reguladoras no direito brasileiro. Por um lado, existem as agências que exercem típico poder de polícia. Por outro lado, existem as que regulam e controlam atividades objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público, como nos casos previstos no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, ou que concedem a exploração de bem público ou de atividade econômica monopolizada, como nos casos previstos no art. 177, da Constituição Federal (DI PIETRO, 2014).

Para Di Pietro (2014), esse segundo tipo de agências reguladoras, conforme assentado anteriormente, é que constitui novidade maior no direito brasileiro. Elas vêm recebendo alguns poderes administrativos que eram antigamente exercidos diretamente pela Administração Pública.

Alguns desses poderes são elencados por Di Pietro (2014):

> (...) os de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, os de encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório, poder de decretar a caducidade e de fazer a reversão de bens da concessionária ao término da concessão.

Esses poderes decorrem das cláusulas regulamentares presentes nos contratos de concessão. Cláusulas regulamentares são aquelas que se relacionam ao aspecto objetivo do contrato de concessão. O aspecto objetivo de um contrato é o conteúdo em si do contrato. As cláusulas regulamentares visam, portanto, garantir que o conteúdo do contrato seja cumprido. No caso do contrato de concessão, elas visam

garantir que o serviço público concedido seja prestado da forma mais adequada ao interesse público (DI PIETRO, 2014).

A expansão da utilização do modelo de agências por países de várias partes do mundo é conhecida como fenômeno da “agencificação”.

Nota-se, contudo, que a inovação desse modelo, no Brasil, é muito menor do que se imagina porque já existiam aqui tanto entidades com maior independência em relação ao Poder Executivo (por exemplo, universidades públicas e OAB), cujos dirigentes possuem mandato fixo, não sujeitos à exoneração *ad nutum* por parte do Chefe do Executivo, como também entidades que exercem função reguladora (por exemplo, ainda que, segundo Di Pietro [2014], de questionável constitucionalidade, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Conselho de Seguros Privados e Comissão de Valores Mobiliários).

Além desses, também com função reguladora, podem ser mencionados[2] institutos criados como autarquias econômicas no início do século XX com a finalidade de regular a produção e o comércio, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Álcool (1923), o Instituto Nacional do Sal (1940).

Sendo assim, para Di Pietro (2014), a maior novidade desse modelo encontra-se na utilização mesma do vocábulo agência para designar entes da Administração Pública e também na assunção pelas agências reguladoras do papel do Poder Público nas concessões, permissões e autorizações de serviços públicos e também na concessão para exploração de bens públicos, como o petróleo. Essas novas atividades vêm sido exercidas, por exemplo, pela ANATEL, pela ANEEL e pela ANP.

[2] Esses institutos foram apontados em trabalho de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Di Pietro (2014), sobre o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras, publicado na revista Forum Administrativo, ano 1, nº 3, pp. 253-257.

3. Análise de legitimidade da atuação e da existência das agências reguladoras

Coloca-se a questão: as agências reguladoras são legítimas? Para responder a essa questão, é necessário, primeiramente, compreender o que são agências reguladoras e o que significa legitimidade. Já passamos, de forma suficiente, até o presente momento, pela busca da compreensão do que são as agências reguladoras. Resta saber o que é legitimidade, a fim de que possamos, depois, buscar dizer se as agências reguladoras são ou não legítimas.

3.1 Legitimidade e democracia

De acordo com Leonardo Tibo Barbosa Lima (2011), o instituto da legitimidade ganhou proeminência no campo de estudos da Teoria do Direito e das ciências sociais, em geral, por causa do surgimento da democracia por representação, a qual substituiu a democracia direta, que existia à época da Grécia Antiga. Na democracia por representação, “muito embora o poder continuasse a emanar do povo ou grupo, seu exercício foi delegado a um determinado sujeito” (LIMA, 2011).

Ele afirma que essa “dissociação entre a titularidade e [o] exercício do poder provoca uma crise de legitimidade” (LIMA, 2011), pois, muitas vezes, por um lado, o sujeito que exercita o poder nem sempre atua “em perfeita simetria com os interesses do grupo” (LIMA, 2011), e, por outro, o grupo também nem sempre “obedece espontaneamente aos comandos de seu representante” (LIMA, 2011).

Neste ponto, a regulação por meio das agências reguladoras entra em cena como tentativa de resolver esse problema da dissociação entre a titularidade e o exercício do poder.

Othon de Azevedo Lopes (2017) afirma que uma das funções da regulação é mediar o conflito existente entre os campos da economia e da política. Esse conflito existe porque os agentes econômicos, de um lado, procuram ver seus interesses, ligados ao dinheiro, satisfeitos, e os agentes políticos, de outro lado, também buscam a satisfação de seus interesses, que são ligados à detenção de poder.

Em uma sociedade pluralista, o fenômeno da regulação mostra-se necessário para evitar que um dos dois lados ganhe a disputa e puxe para si o controle da sociedade. Isso geraria duas situações extremas, uma pendente para a supervalorização das forças políticas e a outra, para a supervalorização das forças econômicas.

Esses dois fenômenos podem ser chamados de fenômenos da politicização da economia e da economicização da política. O primeiro consiste na colonização da economia pela política e o segundo, na colonização da política pela economia.

Para Othon de Azevedo Lopes (2017), o ideal é que haja um equilíbrio entre esses setores, sem que um prepondere sobre o outro. Ele enxerga na regulação a função de buscar atingir esse estado de harmonia (LOPES, 2017).

Pode-se afirmar, portanto, que uma questão regulatória central é a manutenção de uma economia de mercado indene às interferências políticas que inviabilizam os processos econômicos.

Nas sociedades em que existe o sistema de democracia representativa, o conflito entre os setores da política e da economia pode ficar muito evidente quando os vencedores das eleições representam setores sociais não pertencentes à minoria da população que detém elevado poder econômico (LOPES, 2017).

Esses governantes, responsáveis pela formulação das políticas públicas, buscarão implementar programas de governo voltados à distribuição de riquezas e não à criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento do mercado.

Por isso, a regulação entra neste conflito como forma de deslocar a tomada de decisões do centro da política, tão suscetível aos interesses de maiorias desinteressadas na manutenção da atividade econômica, a fim de cuidar dos interesses do mercado, sem pôr em risco o cálculo de retorno do capital investido (LOPES, 2017). Nesse sentido, Othon de Azevedo Lopes (2017) constata que:

> [...] a atividade regulatória abarca instituições que encerram formas de legitimação contramajoritárias, com proteção de minorias contra maiorias, em que há uma preocupação de difusão do poder dentro da organização estatal e com a diversidade de critérios de formação de decisões públicas.

Entretanto, a criação das agências reguladoras foi algo que gerou muitas discussões porque muitos passaram a dizer que elas seriam incompatíveis com um Estado Democrático. Sendo assim, passa-se a examinar a questão.

3.2 A compatibilidade das agências reguladoras com a democracia

Essas discussões sobre a legitimidade das agências reguladoras, aqui no Brasil, lembra Marçal Justen Filho (2006), começaram a trazer para si conceitos importados da realidade europeia, em especial com o uso do termo “déficit democrático” para fazer referência a uma suposta falta de legitimidade das agências reguladoras.

De forma colateral, vale ressaltar como esse termo surgiu na realidade europeia. Justen Filho (2006) aponta que a origem da expressão remonta às discussões sobre a existência ou não de cunho democrático na forma de indicação de membros do Parlamento Europeu. Surgiu lá a ideia de que o Parlamento Europeu seria legitimado pelo procedimento e não pela forma como os seus membros eram escolhidos. Isso porque os membros dessa instituição não eram selecionados por meio do sufrágio popular.

De forma análoga, nas agências reguladoras, da maneira como concebidas, os seus dirigentes também não chegariam aos seus postos pela via da eleição. Por tal razão, os estudiosos que defendem sua legitimidade começaram a importar o conceito da legitimação pelo procedimento para dizer que o que legitimaria a atuação das agências reguladoras seria também o seu proceder e não a maneira pela qual seus membros são escolhidos

Justen Filho (2006) traz, neste ponto, um importante questionamento: é necessário que as agências reguladoras sejam norteadas por princípios democráticos? Se não for necessário que elas sejam norteadas por princípios democráticos, a discussão toda se tornaria inócua. Contudo, para se responder a essa questão, é imprescindível esclarecer o que se entende por democracia.

Sobre essa temática, Justen Filho (2006) nos recorda, primeiramente, do conceito de Bobbio, o qual aqui também se transcreve. Para Bobbio, “por Democracia

se foi entendendo um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem a toda a comunidade) mais do que uma determinada ideologia”[3].

Justen Filho (2006) também apresenta o seu próprio conceito de democracia: “Esse conjunto de regras se traduz na vinculação entre a vontade popular e o provimento dos órgãos políticos máximos, com a garantia de que todos os indivíduos tenham assegurada a condição de cidadania e de livre exercício de suas escolhas e com a vedação de que a maioria retire da minoria (...) os direitos e garantias inerentes à condição de indivíduo”.

Partindo desses conceitos, pode-se tomar algumas conclusões a respeito do fenômeno da democracia. Vejamos.

Justen Filho (2006) esclarece, primeiramente, que não se pode admitir um conceito padronizado e absoluto de democracia. Isso porque, ao longo da história, existiram muitas experiências de democracia. Sendo assim, o que se entende por democracia varia com o tempo. Exemplo disso é o fato de que a democracia que foi vivenciada na Grécia Antiga não seria considerada uma experiência democrática nos dias de hoje.

As mudanças que ocorreram ao longo da história nos permitiram enxergar que não se pode mais conceber uma democracia a partir da preponderância ilimitada da vontade da maioria, como ocorria, por exemplo, na Grécia Antiga, onde se admitia a escravidão, as mulheres não eram consideradas cidadãs e apenas eram tidos como cidadãos um grupo reduzido de homens pertencentes a uma classe social (JUSTEN FILHO, 2006).

Isto é, os direitos e garantias fundamentais não podem ser suprimidos com base na vontade da maioria (JUSTEN FILHO, 2006). Ou, melhor seria dizer, na vontade da maioria votante, haja vista que uma considerável parcela da população era excluída da participação política, no caso da Grécia Antiga.

---

[3] *Dicionário de Política* (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino), Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1993, 5ª ed., verbete *“Democracia”*, p. 326.

Esse tipo de experiência demonstrou que algumas funções estatais devem estar dissociadas da vontade popular, a fim de se resguardar os direitos das minorias. Exemplo disso é o Poder Judiciário, que, conforme lembrado por Biscaretti di Rufia, citado por Justen Filho (2006), deve pautar-se pelo princípio da absoluta imparcialidade. Além dele, também são exemplos algumas funções do Executivo, o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Ou seja, a democracia deve conter não somente regras e princípios que assegurem a participação popular, mas também regras e princípios que propiciem limite a essa participação, pois é necessário que os interesses das minorias sejam respeitados (JUSTEN FILHO, 2006).

Por fim, Justen Filho (2006) também registra que não existe um modelo único ou padronizado de democracia, sendo importante que o modelo adotado garanta um equilíbrio entre a preponderância da vontade da maioria e a realização dos princípios fundamentais. Ele explica que nenhum modelo concreto é definitivo e acabado. Ressalva que existem algumas experiências que se integraram ao patrimônio cultural ocidental, como a eleição direta dos integrantes do parlamento (ou de parcela substancial de seus integrantes) e a existência de um judiciário independente, que assegure tutela aos direitos e interesses das minorias, mesmo quando isso impuser desconforto às maiorias. Mas acrescenta que, no mais, a democracia é uma concepção em construção, que se encontra em evolução.

Com base nessas considerações, Justen Filho (2006) aponta três premissas de exame da questão do "déficit democrático", que são: (i) a democracia é uma experiência concreta e não formulações teóricas; (ii) a democracia está situada no tempo em que é vivenciada; e (iii) a democracia está situada no espaço sócio-político em que é vivenciada.

Partindo dessas premissas, ele conclui que: (i) democracia não é um conceito autoritário, criado por um certo doutrinador ou por um grupo de sujeitos; e (ii) a avaliação do cunho democrático dá-se pela verificação de existência de instrumentos que assegurem a preponderância da vontade da maioria, mas com garantia de realização dos valores e princípios fundamentais.

Além disso, Justen Filho (2006) observa que o conceito de democracia abrange características estruturais e funcionais. Isso porque o núcleo da democracia consiste

na "existência de (a) mandatos eletivos temporários para os cargos políticos de maior relevância e de (b) instrumentos de garantia e controle do exercício do poder, destinados a assegurar tanto a referibilidade das decisões à vontade popular como a realização dos princípios e valores fundamentais".

Ele afirma que também deve haver "limitação interna das competências, de modo a evitar a possibilidade de decisões arbitrárias ou resultantes de preferências subjetivas irracionais dos eventuais e temporários ocupantes de cargos e funções públicas" (JUSTEN FILHO, 2006).

Sendo assim, constata-se que a legitimação democrática é produzida por diversas vias. Não pode ser reduzida apenas à via da eleição popular. A exigência da democracia é que os titulares dos cargos políticos de maior relevância sejam eleitos pelo voto popular e não que todo e qualquer ocupante de cargo político seja respaldado por eleição popular. Isso porque o que se entende que é a investidura por mérito em determinados cargos preenche muito mais a exigência de um sistema democrático do que se fossem preenchidos pela via da eleição (JUSTEN FILHO, 2006).

Na verdade, conforme aponta Justen Filho (2006), um Estado em que todos os cargos e funções públicas são providos mediante sufrágio universal não é democrático. A razão de existência de algumas instituições estatais é justamente a finalidade de neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização de valores e princípios fundamentais, por isso seria até mesmo ilógico exigir que os cargos nelas existentes fossem preenchidos por meio do voto popular, o que impõe a conclusão de que **não existe déficit democrático nesse tipo de instituição**, do qual é exemplo a agência reguladora.

Justen Filho (2006) lembra-nos que se vem diagnosticando um cenário de crise dos sistemas democráticos ocidentais. Chevallier (2002), citado por ele, constata que passamos por uma crise de representatividade, de participação, de cidadania e de perda de referências.

Diante desse cenário, Justen Filho (2006) nota que o surgimento das agências independentes reflete uma aspiração de ampliação do índice democrático do sistema.

Ele lembra que, embora, em termos característicos, o modelo das agências tenha tido origem nos EUA, é possível verificar a existência de manifestações similares ou equivalentes em democracias europeias. Aliás, pode-se dizer que as "autoridades independentes" francesas surgiram sem vinculação precisa e exata com o modelo norte-americano – em especial, porque tais entidades não se dedicavam, originariamente, a tarefas de regulação econômica, mas sim a assegurar a tutela efetiva a direitos e garantias individuais e coletivos (JUSTEN FILHO, 2006).

Essas diferentes experiências demonstram que não é verdade que a difusão do modelo de agências no âmbito de todos os Estados em que se deu é decorrência da consagração de concepções neoliberais. Em todos esses casos, a instituição de agências independentes derivou, isso sim, "da constatação de que a atribuição de certas competências de natureza normativa e executiva a órgãos providos por via eleitoral gerava **risco de sacrifício de valores fundamentais**. A necessidade de manter o prestígio perante o eleitorado gera a potencialidade da adoção de decisões inadequadas, não porque incompatíveis com a vontade da maioria, mas porque aptas a destruir valores, princípios e interesses tutelados pela ordem jurídica" (JUSTEN FILHO, 2006, grifado).

Desse modo, a criação do modelo de agência independente busca a ampliação da complexidade do sistema de freios e contrapesos, pois as agências visam a atenuar a concentração de poder e ampliar o número de instituições estatais dotadas de competências decisórias, limitando, dessa forma, o âmbito de atuação dos governantes eleitos, sejam eles integrantes do Executivo ou do Legislativo (JUSTEN FILHO, 2006).

Assim sendo, sobre o alegado déficit democrático das agências reguladoras, algumas conclusões podem ser tomadas.

A alusão a déficit democrático, partindo-se da premissa firmada de que nem todas as instituições estatais são democraticamente legitimadas pelo voto popular, deveria, isso sim, dizer respeito não ao fato de seus dirigentes serem escolhidos por processos distintos da eleição, mas sim porque um Estado Democrático não pode ser governado com atenção exclusiva à vontade popular (JUSTEN FILHO, 2006).

Além disso, o problema do déficit democrático deveria referir-se à inadequação dos mecanismos clássicos da democracia para garantir que os interesses da

sociedade sejam atendidos por seus representantes eleitos. O que se constata, hoje em dia, é uma crescente insatisfação popular em relação à classe política, que é "incapaz de manter o compromisso com a população ou inapta a introduzir modificações significativas na atuação governamental" (JUSTEN FILHO, 2006).

Conclui-se, ademais, que o fenômeno das agências reguladoras relaciona-se com outras inovações, "tais como a consagração do princípio do devido processo administrativo, a afirmação da proteção aos interesses coletivos e difusos, a ampliação da iniciativa popular no processo legislativo, a submissão de decisões político-administrativas relevantes a consultas e audiências públicas", entre outros. Essas são maneiras alternativas de se buscar a manifestação da sociedade civil. Todas elas fogem às soluções clássicas da teoria da tripartição de poderes (JUSTEN FILHO, 2006).

Por fim, pode-se dizer que há um déficit democrático no sistema político como um todo e que esse déficit existe antes e sem relação com as agências reguladoras independentes, que podem ser utilizadas tanto para agravar ou melhorar essa situação (JUSTEN FILHO, 2006).

Contudo, pondera-se, embora "uma organização estatal democrática exige e pressupõe instituições cuja composição e funcionamento escape do princípio da eletividade" (JUSTEN FILHO, 2006), a democracia não pode ter apenas instituições assim, o que causaria uma feudalização do Estado. É necessário que o núcleo das competências legiferantes e governativas seja reservado a instituições compostas e organizadas segundo o princípio do sufrágio. Mas é fato que os organismos independentes funcionam como freios e contrapesos e ampliam o processo de comunicação entre a sociedade e a burocracia (JUSTEN FILHO, 2006).

As agências reguladoras exercem essa função e, por isso, sua legitimidade decorre não do sufrágio, mas sim da sua capacidade de minorar o déficit democrático externo do sistema político. Diz-se que as agências reguladoras refletem uma dupla proposta de aperfeiçoamento do sistema democrático, pois (i) "nem todas as decisões estatais podem ser alicerçadas exclusivamente no critério da vontade popular, tendo em vista o risco de comprometimento da realização de valores e princípios fundamentais" e (ii) "é necessário ampliar os canais de comunicação entre o Estado e a Sociedade, propiciando a participação popular e dos grupos organizados na

formação de certas decisões que apresentam relevância significativa em determinados setores" (JUSTEN FILHO, 2006).

Apresentadas essas questões iniciais, acerca do conceito de democracia e da relação entre ele e a legitimidade das agências reguladoras, algumas constatações podem ser formuladas.

Primeiramente, observa-se que a falta de eleição popular para os membros das agências reguladoras não é relevante para que se conheça nelas um déficit democrático (JUSTEN FILHO, 2006), ou em outras palavras, uma falta de legitimidade.

Isso porque a democracia pode ser afirmada de forma distinta entre os diversos tipos de instituições estatais. Exemplos disso são o Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e grande parte da organização administrativa estatal (JUSTEN FILHO, 2006).

Não se quer dizer, entretanto, que democracia e agências reguladoras são conceitos que não se misturam. Pelo contrário, as agências reguladoras podem sim ser democráticas e é essencial que o sejam. Mas não é impossível que uma agência reguladora não seja democrática, o que, por meio de alguns critérios que serão examinados a seguir, deve ser evitado (JUSTEN FILHO, 2006).

Pode-se dizer que uma agência reguladora não democrática é aquela em que os critérios de sua organização e funcionamento frustram ou dificultam a realização dos princípios e valores fundamentais. Ou seja, a agência reguladora carece de legitimidade democrática se for instrumento de ampliação das deficiências do sistema político (JUSTEN FILHO, 2006).

Sendo assim, as agências reguladoras devem existir para ampliar o nível de democracia em seu conjunto. Se ela não for democrática, irá ampliar o problema do déficit democrático e trará muitos malefícios que superam os seus benefícios, pois representariam não somente a extinção de instituições representativas da vontade popular, como também evitariam um aumento no nível de proteção aos direitos de minoria (JUSTEN FILHO, 2006).

De toda forma, pode-se dizer que, um sistema democrático não pode existir sem agências reguladoras que de fato cumpram o seu papel, mas a sua simples

existência não é suficiente para garantir o aperfeiçoamento democrático. Deve-se verificar concretamente a estrutura organizacional e a atuação da agência para se perceber se é apta a proporcionar a evolução democrática e o aperfeiçoamento da organização estatal (JUSTEN FILHO, 2006).

Com base nesses parâmetros de democracia e legitimidade, foram desenvolvidos diversos critérios que podem ser utilizados para verificar a existência ou não de cunho democrático nas agências reguladoras. Vejamos, portanto, quais são.

3.3 Critérios democráticos a serem observados por agências reguladoras

A discussão sobre a legimitidade das agências deve perpassar, inicialmente, pela análise de aspectos estruturais (estáticos) e funcionais (dinâmicos).

O enfoque estrutural leva em conta a forma de organização da entidade. Por meio dele, busca-se examinar a existência de instrumentos destinados a garantir que os princípios democráticos sejam observados no aspecto da própria estrutura da agência (JUSTEN FILHO, 2006).

Na análise estrutural, Justen Filho (2006) aponta quatro critérios: (i) a existência de composição colegiada e competências conjuntas; (ii) a disciplina de escolha dos membros; (iii) a disciplina sobre a situação jurídica dos dirigentes das agências; e (iv) a disciplina sobre a competência regulatória. Vejamos, a seguir, o que esses critérios significam.

Primeiramente, aponta-se a necessidade de que as agências sejam instituições colegiadas e com competências conjuntas. A colegialidade diz respeito à necessidade de que a agência seja integrada não apenas por uma autoridade, mas sim por várias pessoas, de modo que as influências individuais sejam neutralizadas. Por sua vez, também é necessário que essas pessoas exercitem as competências decisórias de forma conjunta, a fim de se barrar as decisões unipessoais no âmbito das agências. Por essa razão, nelas não poderia haver competências privativas, devendo suas decisões serem tomadas de forma conjunta (JUSTEN FILHO, 2006).

Quanto à escolha dos membros, inicialmente retoma-se a constatação de que o fato de eles não serem escolhidos pelo voto popular não representa uma quebra de legitimidade. Isso porque a razão de ser das agências é impor limites à vontade da maioria da população e evitar que essa vontade majoritária reprima ou mesmo suplante os direitos e garantias fundamentais. Por possuírem função contramajoritária, fiscalizadora, reguladora, o que se impõe, na verdade, é que os seus membros não sejam escolhidos por meio da eleição, assim como ocorre, repisa-se, no Ministério Público, nos Tribunais de Contas e no Poder Judiciário. Isso exige para que se assegure a limitação do poder político nas agências (JUSTEN FILHO, 2006).

Por isso, não se pode também, além do critério do voto, deixar que uma autoridade escolha os dirigentes das agências. Os membros das agências devem ser escolhidos de forma fracionada. Algumas experiências estrangeiras indicam, por exemplo, que se poderia deixar que a minoria parlamentar indicasse alguns membros, o Senado outros e a Câmara dos Deputados, outros. Aqui no Brasil, nesse sentido, aponta-se a experiência dos Tribunais de Contas, cujos membros são escolhidos de maneira fracionada. Cada parcela de seus membros é escolhida por meio de critérios distintos. Essas exigências também se impõem às agências a fim de que exista nelas um sistema de freios e contrapesos internos, sem que elas sejam capturadas pelo poder político ou econômico (JUSTEN FILHO, 2006).

Também é necessário que os seus membros não tenham mandatos coincidentes, pois as forças políticas existentes em um determinado momento terão reflexos na identidade do membro escolhido. A descoincidência dos mandatos permitira que forças políticas internas sejam refletidas no interior das agências, de modo que elas teriam, internamente, limitações a decisões unívocas (JUSTEN FILHO, 2006).

Ainda quanto à escolha dos membros, aponta-se a necessidade de que eles possuam alto conhecimento no setor regulado, haja vista que uma das razões de ser das agências é o fato de que elas devem apresentar soluções técnico-científicas adequadas a problemas complexos de um determinado setor (JUSTEN FILHO, 2006).

Quanto à disciplina sobre a situação jurídica dos dirigentes das agências, aponta-se a necessidade de que os dirigentes tenham garantia contra demissibilidade

ad nutum, pois o temor da dispensa perturbaria o processo decisório do sujeito, que se preocuparia em agradar aqueles que o poderiam demitir sumariamente. Também se impõe a necessidade de mandatos a prazo certo e a vedação à recondução, a fim de que as perspectivas da agência sejam renovadas de tempo em tempo e a expectativa de recondução não represente uma tentativa de agradar aqueles que seriam competentes para fazer a recondução (JUSTEN FILHO, 2006).

Por último, quanto à disciplina sobre a competência regulatória, aponta-se que determinadas matérias não podem ser reservadas à atuação das agências, pois, por representarem temas essenciais, devem ficar sob a guarda de instituições legitimadas pelo voto popular. Neste ponto, critica-se a opção de Justen Filho (2006) de colocar este tema dentro do aspecto de análise estrutural. Parece-nos que ele encaixar-se-ia melhor no aspecto de análise funcional, haja vista que as matérias de competência estão diretamente relacionadas à atuação funcional em si das agências reguladoras e não à sua formação estrutural (JUSTEN FILHO, 2006).

De toda forma, nota-se que esse tipo de exigência, em razão da matéria, remonta ao constitucionalismo do século XVIII, responsável por criar o princípio da legalidade e o monopólio jurídico do parlamento para decidir sobre temas essenciais como os direitos e as garantias individuais. Justen Filho (2006) explica que a "absorção por agências reguladoras de poderes decisórios em determinadas matérias essenciais faz-se sempre em termos limitados e condicionados, segundo opções consagradas no âmbito de cada ordem jurídica. Enfim, não se concebe Estado Democrático em que se produza a pura e simples substituição do parlamento ou do governo por uma agência reguladora".

Por fim, aponta-se que o argumento de que as agências reguladoras são legitimadas pela técnica é logicamente insustentável porque legitimação técnica e legitimação democrática não são alternativas equivalentes. O ideal é que ambas estejam presentes nas agências reguladoras. Contudo, caso não seja possível a legitimidade técnica, é menos pior que uma agência democraticamente legítima tome uma decisão tecnicamente inadequada do que uma agência democraticamente ilegítima tome uma decisão tecnicamente inadequada, caso em que a existência e a atuação da agência seria completamente injustificável (JUSTEN FILHO, 2006).

Por outro lado, o enfoque estrutural analisa a democracia nas agências sob o prisma funcional, isto é, analisa se o exercício de competências pela agência é feito de forma democrática (JUSTEN FILHO, 2006). Aponta-se, nesta análise, quatro critérios: (i) a repressão a qualquer modalidade de atuação autoritária e prepotente; (ii) a consagração do devido processo administrativo; (iii) a exigência de participação da sociedade; e (iv) a existência de controle externo.

Quanto à repressão a qualquer modalidade de atuação autoritária ou prepotente, em suma, afirma-se que o parâmetro fundamental norteador das decisões das agências não é a vontade, mas sim a racionalidade (discricionariedade técnica). Toda e qualquer decisão produzida pela agência está sujeita a um requisito de racionalidade técnico-científica. No âmbito das agências, não se pode justificar ato decisório com base somente na conveniência e oportunidade (JUSTEN FILHO, 2006).

Neste ponto, critica-se Marçal Justen Filho (2006), pois ele ignora o fato de que nem mesmo a administração convencional pode atuar de forma arbitrária. O juízo de oportunidade e conveniência por parte da administração tradicional também deve ser pautado por uma análise de razoabilidade/proporcionalidade.

Quanto à consagração do devido processo administrativo, exige-se que a produção da decisão da agência seja submetida à observância do devido processo administrativo, que informa que a tomada de decisões das agências reguladoras deve obedecer a um processo administrativo fixado não pelas próprias agências, mas sim pela lei, cuja elaboração é feita por agentes representantes da vontade popular. Ou seja, o processo decisório das agências deve propiciar soluções mais democráticas e menos subjetivas (JUSTEN FILHO, 2006).

Quanto à exigência de participação da sociedade, deve-se garantir que a sociedade participe da tomada de decisão das agências, embora não participe da escolha de seus membros. Mas essa participação não pode ser apenas fantasiosa, devendo ser feita de forma efetiva. A agência não pode tomar uma decisão prévia e, posteriormente, lançar mão de mecanismos como audiências públicas que apenas deem um rótulo de participação da sociedade na tomada de decisão. Por isso, será necessário que a agência adote uma conduta ativa na busca e na instigação de pessoas e instituições que possam realmente trazer contribuições reais. Ainda que a

agência não adote essas contribuições, ela deverá, ao menos, justificar o por que não as adotou, com base em critérios razoáveis (JUSTEN FILHO, 2006).

Destaca-se, por último, que é necessário que as agências sejam controladas efetivamente em sua atividade, não de forma hierárquica, mas sim fiscalizatória, com a finalidade de evitar abusos, pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, conforme será apresentado mais adiante.

Também nesse sentido, Lopes (2017) aponta vários critérios advindos do liberalismo que se tornam importantes formas de verificação da adequação da atividade das agências reguladoras: (i) a conformidade à lei, (ii) a adequação procedimental, (iii) a existência de *expertise* profissional consistente, (iv) a racionalidade burocrática, (v) a eficiência e (vi) a controlabilidade por meio de contas (*accountability*). Esses critérios, segundo Lopes (2017), legitimam o poder político por serem instrumentos de entrega de bens fruíveis à população. Em outras palavras, esses critérios devem estar presentes nas agências reguladoras para que elas sejam consideradas legítimas. A seguir, explica-se o que quer dizer cada um deles.

A conformidade à lei quer dizer que a atividade reguladora deve ser feita dentro dos limites estabelecidos pela lei. O Poder Legislativo cria o marco legal sobre um determinado setor a ser regulado. Depois disso, a Administração cria normas reguladoras, desdobrando os parâmetros estabelecidos nas leis criadas pelo Poder Legislativo. A conformidade à lei quer dizer, portanto, que a atividade de regulação feita por agências integrantes do Poder Executivo apenas ocorrerá se houver e dentro dos limites da autorização legal criada pelo Poder Legislativo.

A adequação procedimental é uma característica inerente à forma como as decisões serão tomadas na agência reguladora. Na sociedade, existem vários indivíduos e grupos sociais. Cada um deles busca a realização de seus interesses. Esses interesses quase sempre são divergentes e colidentes entre si. A tomada de decisões nos setores regulatórios deve ser feita de forma a considerar o interesse público. Mas o interesse público deve advir de algum lugar. De fato, o interesse público é formado por uma resultante dos interesses individuais e coletivos que serão tutelados pelas normas regulatórias. Para que uma decisão legítima seja tomada, é necessária a adoção de um procedimento adequado que leve em conta essa multiplicidade de anseios sociais e dela extraia uma resultante, que é o chamado

interesse público. Ou seja, a tomada de decisões da agência reguladora deve se dar por meio do devido processo legal.

A consistência da *expertise* quer dizer que a agência reguladora deve ter conhecimento técnico suficiente para produzir normas adequadas ao setor por ela regulado. O pessoal da agência deve ser integrado por profissionais aptos a produzir as normas técnicas. Não se pode permitir que pessoas leigas atuem nessa atividade porque ela demanda compreensão de assuntos complexos, altamente especializados, cujo manejo correto apenas é feito por quem está consistentemente capacitado.

A atuação da entidade reguladora deve pautar-se também pela racionalidade burocrática. Isso quer dizer que ela deve gerir o setor regulado de forma a garantir que o interesse público seja atendido. Os bens e serviços produzidos pelos setores objeto de regulação representam utilidades sociais, ou seja, são bens cuja fruição proporciona aumento na qualidade de vida de seus consumidores. A produção desses bens é feita, em geral, por grandes organizações cujos interesses são pautados pela acumulação intensiva de capital privado. Esses interesses, na maioria das vezes, não são coincidentes com o interesse público. A racionalidade burocrática entra justamente neste ponto, como forma de harmonizar o interesse público, de um lado, com os interesses das organizações produtoras de bens úteis às pessoas, de outro. Trata-se, portanto, nos termos usados por Othon de Azevedo Lopes (2017), de uma verdadeira “arrumação do capital produtivo”.

Também é critério legitimador do exercício do poder regulatório a eficiência, que diz respeito à adequada disponibilização das utilidades de interesse público em regime de mercado controlado. A intervenção do Estado na regulação justifica-se apenas se viabilizar o acesso adequado aos bens e serviços produzidos pelos agentes econômicos do setor regulado. O Estado deve intervir para organizar o processo produtivo, de forma a aumentar a disponibilidade e melhorar a qualidade desses bens e serviços, levando sempre em consideração as preferências dos consumidores.

Por fim, o último critério legitimador apontado por LOPES (2017) é o da *accountability*, termo traduzido por ele como “controlabilidade pela prestação de contas”. A *accountability* é uma responsabilidade de prestação de contas. O ente regulador deve submeter-se a essa responsabilidade para que sua atividade possa ser controlada por todos os interessados. Pode ser uma prestação de contas

hierarquizada, feita diante de autoridades superiores; horizontal, feita diante de entidades paralelas; ou pública, feita diante de instituições e grupos não estatais, tais como associações de consumidores. A prestação de contas pode ser feita a entidades da administração direta, ao Legislativo, a órgãos de controle de contas, como os Tribunais de Contas, ao Ministério Público. A fiscalização das contas por tantos interessados garante a transparência do próprio ente regulador e também do setor regulado. Podem ser submetidos a controle pela prestação de contas vários aspectos, como, por exemplo, as finanças, a conformidade legal, a eficiência e a qualidade.

Podem ser apontados outros argumentos a respeito da legitimidade das agências reguladoras.

É ideal que a regulação, em seu início, comece mínima, com poucas regras e que estas regras tenham, a princípio, natureza geral. Sérgio Hudson de Abranches[4] aponta quatro razões por que isso é necessário.

Primeiramente, porque é praticamente impossível antecipar comportamentos, em especialmente nos casos de privatização, em que a prestação das atividades é repassada a agentes particulares.

Em segundo lugar, porque é uma forma de evitar que a política de liberalização, retratada pela transferência da prestação de certas atividades para o setor privado, não dê errado. Sabe-se que no início da implementação da regulação muitas complicações podem surgir. Se a regulação for muito extensa desde o princípio, as consequências negativas muito provavelmente serão muito maiores, quando surgirem as complicações, do que se a regulação sobre complicações específicas for criada somente depois de essas complicações surgirem.

Em terceiro lugar, porque a regulação adicional baseada no acompanhamento do processo de desenvolvimento do setor regulado tende a ser mais eficaz. A regulação baseada no acompanhamento considera as dificuldades que surgiram na prática. Por essa razão, leva em consideração problemas reais que devem ser solucionados.

---

[4] Reforma Regulatória e Reforma do Estado. Conceitos, Experiências e Recomendações para o Brasil, 1996. In: WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. id/496873, 1999, p. 144.

Por último, em quarto lugar, porque a regulação antecipada tende a estar influenciada pela cultura do antigo ambiente de prestação dos serviços cuja prestação será transferida para a iniciativa privada. Por se tratar de uma mudança, o novo ambiente terá dinâmica, lógica e tendências novas, as quais poderão ser negativamente influenciadas pelos vícios da cultura antiga.

Essas quatro razões suportam a conclusão de que “o aprendizado surge da experiência com a identificação de situações novas” (WALD e MORAES, 1999, p. 144). Essa ideia parece encarar de forma muito madura a questão da regulação.

Firmada a premissa, é possível afirmar, ademais, que as agências reguladoras são mais eficazes para implementar as alterações da regulação à medida que surgem questões novas, nos moldes do que é proposto pelos autores supracitados. As agências reguladoras, por possuírem maior velocidade de atuação e especificidade técnica, conseguem fazer os ajustes necessários à regulação com mais fidelidade às reais necessidades do setor regulado.

As agências reguladoras legitimam-se também por viabilizarem a existência de uma regulação mais imparcial. A verificação da independência das agências reguladoras perpassa, fundamentalmente, na ocorrência da independência legal e real (WALD e MORAES, 1999).

A independência legal ocorre quando as leis instituidoras das agências reguladoras fornecem condições suficientes para que tenham independência em relação aos demais atores do setor regulado. Por outro lado, a independência real seria a verificada no mundo dos fatos, podendo significar se a agência tem de fato independência em sua atuação. A independência real tem a ver com o relacionamento entre agência, governo e indústria regulada; a qualidade do corpo técnico da agência; a disponibilidade de recursos para funcionamento da agência; e até mesmo as personalidades de seus diretores.

O modelo das agências reguladoras pode entregar essa necessária imparcialidade de tomada de decisões mais facilmente, pois as estruturas de regulação centralizadas, integrantes da administração direta, eram quase sempre cooptadas pelas forças políticas e econômicas, pois subordinavam-se diretamente a autoridades que tinham poder hierárquico sobre elas.

Um outro ponto de análise da legitimidade das agências reguladoras é levantado por Lucas Rocha Furtado (2013). Ele afirma que a discricionariedade técnica do poder regulamentar das agências reguladoras não quer dizer que elas tenham independência absoluta. Pelo contrário, elas não somente devem atuar sempre dentro dos parâmetros legais, conforme visto anteriormente, mas também estão submetidas a controle por parte do Judiciário e do Legislativo.

O controle judicial é feito por meio da verificação de legitimidade da atuação das agências, sendo utilizado, para tanto, dentre outros instrumentos, o princípio da razoabilidade. O controle legislativo, por sua vez, é mais amplo que o judicial, pois, além de alcançar a legitimidade, também abrange questões de economicidade, tendo em vista a atuação dos Tribunais de Contas, que são vinculados ao Poder Legislativo, em suas auditorias operacionais (FURTADO, 2013).

Furtado (2013) afirma, contudo, que a utilização de conceitos genéricos e a fixação tão somente de parâmetros ou princípios gerais de atuação pelas leis instituidoras de agências reguladoras é algo que amplia o poder discricionário dessas entidades, fazendo com que a chance de conflito entre elas e as entidades políticas a que se encontram vinculadas aumente (FURTADO, 2013).

Por causa disso, Lucas Rocha Furtado (2013) defende que os parâmetros de discricionariedade dentro dos quais as agências reguladoras devem executar as políticas públicas precisam estar definidos previamente e de forma clara pela lei, a fim de se evitar uma subversão lógica do sistema e possibilitar que os investidores façam seus negócios tendo certeza de que não ocorrerão mudanças inesperadas nas diretrizes dos setores regulados.

Além disso, Furtado (2013) defende a necessidade de acompanhamento de perto da implantação do modelo de agências, a fim de se garantir o interesse público e evitar que as agências sejam cooptadas por interesses particulares.

Ele afirma que o modelo das agências reguladoras deve ser visto com cautela. De um lado, sabe-se que as estruturas centralizadas tradicionais da administração pública não são capazes de suportar as necessidades demandadas pela população e pelos próprios agentes dos setores regulados. De outro, contudo, impõe-se o acompanhamento de perto da implantação desse modelo, a fim de que o interesse público seja garantido, pois é possível que surjam dificuldades (FURTADO, 2013).

Uma dessas dificuldades é apontada pela doutrina estadunidense, que, ao abordar os percalços enfrentados pela implantação das agências reguladoras, define o relacionamento entre elas e o setor regulado por meio de quatro ciclos. O primeiro ciclo seria aquele em que a agência responde à demanda que levou à sua criação. No segundo, a agência continua a trabalhar de forma vigorosa, ainda livre das forças corruptivas que a circundam. No terceiro, denominado de “porta-giratória”, ocorre troca de pessoal entre a agência e o setor regulado. Por fim, no quarto ciclo, o setor regulado passa a dominar completamente a agência (FURTADO, 2013).

Dificuldades como essa podem inviabilizar o modelo de regulação por meio de agências reguladoras, caso surjam e sejam ignoradas. Contudo, isso não quer dizer que o modelo de regulação por meio de agências reguladoras está fadado ao fracasso. Pelo contrário, este modelo tem se mostrado, de modo geral, eficaz desde seu surgimento, que se deu como forma de resolver o problema da regulação setorial.

Conclusões

Depois de analisar a maneira como surgiram as agências reguladoras, a configuração jurídica delas, de buscar compreender o significado da democracia e de como ele impacta na existência e na atuação das agências reguladoras, conclui-se que o modelo das agências reguladoras não apenas é legítimo como também é necessário para a manutenção de uma sociedade democrática.

Isso porque a tendência de uma sociedade controlada apenas pela vontade da maioria é eliminar os direitos e as garantias fundamentais de minorias. O direito a uma economia saudável, que viabilize a evolução tecnológica e a existência do mercado é um desses direitos e, por isso, deve ser resguardado. Nesse sentido, a proposta do modelo de agências reguladoras torna-se um aparato fundamental para que ele seja garantido e efetivado.

Isso não quer dizer, contudo, que, por serem entidades autônomas, com papel assegurador de direitos de minorias, em especial daquelas interessadas na manutenção do mercado, as agências reguladoras possam existir desprovidas de controles. Pelo contrários, existem requisitos práticos e facilmente aferíveis, os quais devem balizar a experiência concreta dessas entidades reguladoras independentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros de doutrina

FURTADO, Lucas Rocha. Agências reguladoras. In: **Curso de direito administrativo.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Capítulo 4, item 4.3.2.2, p. 150-155.

LOPES, Othon de Azevedo. “Legitimidade e *accountability*” e “As agências reguladoras”. In: **Fundamentos da regulação.** 2017. Capítulo 4, itens 4.7 e 4.8, p. 191-199.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras de serviços públicos. In: **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Capítulo XVI – Serviços Públicos, item 135.8.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Agências. In: **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Capítulo 10 – Administração Indireta, item 10.9, p. 536-546.

Artigos de doutrina

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **id/496873**, 1999.

LENNERTZ, Marcelo Rangel. A legitimidade democrática das agências reguladoras: uma questão mal colocada. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na ‘Regulação Independente’?”. **ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense**, 2006.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. O conceito de legitimidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2898, 8 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19278>. Acesso em: 30 jun. 2017.

Diplomas normativos

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências). Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. 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). Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.