

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JOSÉ DOMINGOS RODRIGUES LOPES

**A LEGITIMIDADE DECISÓRIA DA AÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO: uma
análise dos mecanismos de controle democrático (*accountability*)**

Brasília

2019

JOSÉ DOMINGOS RODRIGUES LOPES

**A LEGITIMIDADE DECISÓRIA DA AÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO: uma
análise dos mecanismos de controle democrático (*accountability*)**

Dissertação de Mestrado, exigida como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, apresentado ao Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público, sob a orientação da Professor Doutor Rafael Silveira.

Brasília

2019

JOSÉ DOMINGOS RODRIGUES LOPES

**A LEGITIMIDADE DECISÓRIA DA AÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO: uma
análise dos mecanismos de controle democrático (*accountability*)**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em
Direito Constitucional do IDP, como requisito
para obtenção do título de Mestre em Direito
Constitucional

02 de outubro de 2019

BANCA EXAMINADORA

**Orientador – Prof. Rafael Silveira e Silva
Instituto Brasiliense de Direito Público**

**Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense de Direito Público**

**Prof. Caio Cordeiro de Resende
Universidade de Brasília**

AGRADECIMENTOS

Neste breve espaço, primeiramente agradeço à Deus que me deu força, saúde, sabedoria e coragem na condução dos meus trabalhos. Obrigado Senhor pela bondade e misericórdia.

Aos meus pais, Januário e Francisca, meus exemplos de luta e perseverança, pelo o apoio incondicional aos meus objetivos profissionais. Quanto amor e gratidão sinto por vocês.

Aos meus irmãos, pelo incentivo e orações, especialmente ao meu irmão Antônio Luiz, que sempre hipotecou apoio incondicional aos meus objetivos profissionais e acadêmicos.

À minha esposa Paula Francielle, sempre presente em minhas fragilidades, nunca me permitindo desistir. Agradeço pelo companheirismo e paciência durante mais essa caminhada juntos. Seus conselhos e apoio incondicional foram indispensáveis na concretização de mais um sonho.

À meu filho Mateus, que veio ao mundo durante a elaboração deste trabalho, fazendo com que eu tivesse um outro olhar para a vida e intensificando em mim os sentimentos mais nobres, como de amor, carinho, proteção, responsabilidade e solidariedade.

Ao Professor Doutor Rafael Silveira, pela prestimosa orientação e sugestões sempre pertinentes.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), na pessoa do Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Professor Doutor João Paulo Bachur, por propiciar um saudável ambiente acadêmico, constituído de professores, auxiliares e funcionários comprometidos com a difusão do conhecimento e bem-estar dos discentes.

RESUMO

Resumo: O presente trabalho tem por objeto de estudo a legitimidade decisória na ação regulatória do Estado e procura sustentar que, com a reforma do Estado na década de 90, tendo como referência técnicas administrativas para regular a economia e modelos jurídico-institucionais concebidos a partir da experiência norte-americana e europeia, constituiu-se no Brasil um novo modelo de Estado regulador. Esse novo modelo regulatório tem potenciais democráticos em relação ao modelo anterior, já que introduz, no sistema político, a partir de um ponto de vista jurídico, novos mecanismos de controle democrático (*accountability*) da ação regulatória do Estado. A mera existência de mecanismos de participação pública não torna a ação regulatória do Estado no Brasil mais legítima do que seria antes das reformas. Contudo, o fato de novos mecanismos decisórios terem sido institucionalizados, como *audiências públicas* e *consultas públicas*, abre um novo campo para pesquisas sobre a efetividade de tais mecanismos, considerando as condições nas quais o processo decisório sobre o conteúdo da regulação tem se dado. Buscou-se desenvolver um modelo para análise dos déficits e potenciais democráticos do novo Estado Regulador no Brasil. Tal modelo adotou o conceito de democracia procedimental concebido por Habermas a partir do debate norte-americano sobre teorias da democracia (liberais e republicanos), que condicionam o debate sobre os modelos de Estado (liberal e regulador). O modelo adotado amplia o debate sobre *accountability* da atuação da burocracia estatal, pois a *accountability* não é pensada apenas como controle de eficiência da Administração (em termos de controle de resultados), centrada no processo eleitoral (*accountability vertical*) como forma de responsabilização ou numa relação de freios e contrapesos entre os três Poderes, entendida de forma demasiadamente mecânica e estática (*accountability horizontal*). Ao contrário, nesse modelo, pode-se falar em *mecanismos deliberativos de accountability vertical* por meio da participação direta, não restrita apenas a processos eleitorais. E ao falarmos em *accountability vertical*, estamos nos referindo a condições de legitimidade durante o processo decisório e não apenas em *responsabilização* como controle *a posteriori* de resultados (em termos de eficiência da decisão ou dos efeitos produzidos). A pesquisa empírica realizada demonstrou que os mecanismos de participação pública adotados na ANEEL têm um potencial democrático. Todavia, existem déficits democráticos, que apontam para problemas institucionais que podem ser corrigidos por meio de ajustes jurídico-institucionais.

Palavras-chave: Legitimidade democrática. Ação Regulatória do Estado. Eficiência e legitimidade. Agências reguladoras. *Accountability*. Mecanismos de participação pública. Audiências públicas.

ABSTRACT

Abstract: The aim of this paper is to study the decision-making legitimacy in the State regulatory action and seeks to maintain that, with the State reform in the 90s, having as reference administrative techniques to regulate the economy and legal-institutional models conceived from American and European experience, a new model of regulatory state was constituted in Brazil. This new regulatory model has democratic potentials compared to the previous one, since it introduces into the political system, from a legal point of view, new mechanisms of democratic control of state regulatory action. The mere existence of mechanisms for public participation does not make state regulatory action in Brazil more legitimate than it would be before the reforms. However, the fact that new decision-making mechanisms have been institutionalized, such as public hearings and public consultations, opens a new field for research on the effectiveness of such mechanisms, considering the conditions under which the decision-making process on the content of regulation has taken place. We sought to develop a model for analyzing the deficits and democratic potentials of the new regulatory state in Brazil. This model adopted the concept of procedural democracy conceived by Habermas from the American debate on theories of democracy (liberal and republican), which condition the debate on state models (liberal and regulatory). The adopted model broadens the debate on accountability of the state bureaucracy, because accountability is not only thought of as the efficiency control of the Administration (in terms of results control), centered on the electoral process (vertical accountability) as a form of accountability or a brake and counterbalance relationship between the three Powers, understood too mechanically and static (horizontal accountability). On the contrary, in this model, one can speak of deliberative mechanisms of vertical accountability through direct participation, not restricted only to electoral processes. And speaking of vertical accountability, we are referring to conditions of legitimacy during the decision-making process and not just accountability as a posteriori control of results (in terms of decision efficiency or the effects produced). Empirical research has shown that the mechanisms of public participation adopted at ANEEL have a democratic potential. However, there are democratic deficits that point to institutional problems that can be corrected through legal and institutional adjustments.

Keywords: Democratic legitimacy. State Regulatory Action. Efficiency and legitimacy. Regulatory agencies. Accountability. Mechanisms of public participation. Public hearings.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| Introdução..... | 8 |
| 1. Os Paradigmas Do Estado De Direito..... | 14 |
| 2. A Formação Do Estado Capitalista Regulador..... | 19 |
| 2.1. A Formação Do Estado Capitalista Regulador Nos Estados Unidos..... | 21 |
| 2.2. A Formação Do Estado Capitalista Regulador Na Europa: Pontos De Aproximação E Ponto De Afastamentos Em Relação Ao Modelo Norte-Americano..... | 28 |
| 2.3. A Formação Do Estado Capitalista Regulador No Brasil..... | 31 |
| 3. Teorias Da Democracia E Teorias Da Regulação: A Constante Tensão Entre Eficiência Econômica E Legitimidade..... | 48 |
| 3.1. Tensão Entre Eficiência Econômica E Legitimidade..... | 48 |
| 3.2. As Teorias Da Democracia E As Teorias Da Regulação..... | 61 |
| 4. A Legitimidade Democrática Do Processo Decisório Da Agência Nacional De Energia Elétrica (Aneel)..... | 84 |
| 4.1. O Desenho Institucional Da Agência De Energia Elétrica E Os Limites De Sua Autonomia Decisória..... | 90 |
| 4.1.1 Formas de controle da autonomia decisória da Aneel em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário (<i>accountability</i> horizontal)..... | 90 |
| 4.1.2 Mecanismos De Participação Da Sociedade Civil Na Aneel E Legitimidade Decisória Sobre O Conteúdo Da Regulação (Mecanismos Deliberativos De <i>Accountability</i> Vertical)..... | 97 |
| Considerações Finais..... | 121 |
| Referências..... | 124 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo insere-se dentro da temática relacionada à legitimidade Direito e sua relação de reciprocidade com a Política, mais precisamente à legitimidade democrática da atuação do Estado regulador.

O objeto da presente pesquisa é a legitimidade decisória ação regulatória do Estado.

No Brasil, o modelo de Estado regulador que começou a se formar a partir dos anos 30, no primeiro governo Vargas, passando pelos governos da ditadura militar de 1964-1985 e se estendendo até as reformas do Estado da década 1990, seria um modelo de Estado regulador com déficits de legitimidade democrática. Isto porque, são poucos os grupos de interesse que têm acesso aos processos decisórios em matéria de políticas públicas e são poucos os mecanismos institucionalizados de controle democrático das decisões tomadas no interior da burocracia estatal. E esses déficits de legitimidade se apresentam tanto em relação às formas de controle no plano da separação de poderes, como no plano das relações entre o Estado e a sociedade.

Entretanto, a reforma do Estado brasileiro na década de 1990 e a criação entidades reguladoras, dotadas de um acentuado grau de autonomia em relação às decisões dos agentes políticos eleitos vêm suscitando inúmeros questionamentos quanto à legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras.

É certo que o modelo de agências reguladoras adotado no Brasil no contexto da reforma do Estado da década de 1990 introduziu novos mecanismos de controle democrático (*accountability*)¹ da atuação do Estado na regulação de setores da economia brasileira, merecendo destaque os mecanismos de consulta pública e as audiências públicas, que são realizadas antes da edição de normas pela agência na regulação do setor. Tais mecanismos podem ser classificados como mecanismos de participação pública em processos decisórios sobre a formulação do conteúdo da

¹ O termo *accountability* pode assumir outros significados, mas aqui é usado no sentido de qualificar formas de *controle democrático*.

regulação. Contudo, existe uma série de limitações procedimentais e institucionais que podem ser identificadas e avaliadas na caracterização e análise do funcionamento das consultas públicas e audiências públicas.

Para uma análise acurada acerca da legitimidade decisória na ação regulatória do Estado, que é o objetivo do presente estudo, faz-se necessário trabalhar com um modelo de análise que dê conta da complexidade das relações sociais próprias do fenômeno do Estado regulador.

Referido modelo tem que propiciar uma análise capaz de avaliar do desenho institucional de órgãos reguladores e sua relação com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para além de uma concepção liberal de política democrática, que assume uma relação estática entre tais poderes.

Ademais, deve ser um modelo capaz de avaliar os procedimentos institucionalizados para a tomada de decisão, assumindo tais procedimentos como meios de controle democrático e de deliberação pública sobre o conteúdo da regulação.

Por último, deve ser um modelo capaz de avaliar as condições de participação na esfera pública brasileira. Buscar saber quem é o público (grupos de interesse) que está atuando no interior das agências, influenciando o conteúdo da regulação, e como está se dando o processo decisório no interior das agências, passou a ser importante para uma análise das condições de legitimidade democrática da formulação de políticas públicas pelas agências.

Não se desconhece que no Brasil os modelos de análise desse fenômeno têm se concentrado apenas na sua dimensão jurídico-formal – as posições têm sido adotadas com base num exame de adequação aos princípios constitucionais (legalidade e separação clássica de poderes) – e partem de conceitos demasiadamente simplificados de *legitimidade democrática*. É dizer, o debate predominante na doutrina brasileira sobre o modelo de agências reguladoras independentes tem buscado explicar a legitimidade democrática dessas agências, baseando suas análises na chamada teoria da “correia de transmissão” da

legitimidade democrática², segundo a qual “os peritos” simplesmente especificam as determinações contidas na lei, sem capacidade normativa para inovar na ordem jurídica (limites do poder normativo).

No entanto, tais análises são insuficientes, a nosso ver, para compreender a complexidade do funcionamento do Estado regulador e, principalmente, as condições de legitimidade de processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas, pois são modelos de explicação ainda presos a um paradigma liberal de direito e a uma concepção clássica e, por isso limitada, do princípio da separação de poderes, focados apenas em análises de adequação lógico-formal de normas a um ordenamento jurídico hierarquicamente constituído e que fecham os olhos para uma realidade que se impõe: o fato de que os reguladores, efetivamente, *fazem* leis.

Assim, na dimensão jurídico-formal, a fonte de legitimidade da ação regulatória do Estado continua sendo a lei setorial aprovada pelo Congresso. Entretanto, na dimensão política (Ciência Política), a fonte de legitimidade democrática das políticas formuladas pelas agências reguladoras deixaram de ser apenas os interesses e as decisões do Presidente eleito e dos parlamentares eleitos.

Nesses modelos de análise predominantes na doutrina brasileira, a *accountability* é pensada apenas como controle de eficiência da Administração (em termos de controle de resultados), centrada no processo eleitoral (*accountability vertical*) como forma de responsabilização ou numa relação de freios e contrapesos entre os três Poderes, entendida de forma demasiadamente mecânica e estática (*accountability horizontal*).

No presente estudo, busca-se abordar a questão da legitimidade de atuação das agências reguladoras na perspectiva da teoria da democracia de Habermas, no sentido de que o sistema jurídico somente é capaz de garantir a realização

² Para uma análise deste ponto, ver: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75; e STEWART, Richard B. *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1671-88 (1975).

adequada de sua função de complementação do poder político quando traz consigo uma presunção de legitimidade derivada, em última análise, da força (ilocucionária) socialmente integradora da ação comunicativa (HABERMAS, 2003). Por outras palavras, o fundamento legítimo da autoridade do direito depende da ligação das normas jurídicas com as condições de sua elaboração num processo democrático juridicamente institucionalizado, que, presumivelmente, viabiliza o exercício da autonomia política dos cidadãos.

A teoria democrática de Habermas defende que, no Estado Democrático de Direito, a origem dos direitos é explicada pela participação comunicativa dos cidadãos, com iguais liberdades subjetivas na formação do direito que, por sua vez, deverá reservar espaço para um exercício discursivo de autonomia política. Há, assim, uma necessidade imperiosa de legitimação do Direito.

É nessa perspectiva da necessidade imperiosa de legitimação do Direito, que o problema da *legitimidade decisória da ação regulatória do Estado* será encarado, ou seja, será a partir do modelo procedimental de democracia desenvolvido por Jürgen Habermas no plano da Filosofia Política e da Teoria do Direito que o problema da *legitimidade decisória da ação regulatória do Estado* será estudado, especialmente a ação regulatória do chamado novo Estado regulador, que se formou no Brasil a partir da década de 1990. O modelo de democracia procedimental concebido por Habermas permite, conforme procuraremos demonstrar ao longo deste estudo, uma abordagem nova e sofisticada dos *déficits* e potenciais democráticos da ação regulatória do Estado.

Esse modelo habermasiano incumbe ao Direito uma dupla função: por um lado, o Direito institui e garante, no interior do sistema jurídico, mecanismos de participação pública e deliberação; por outro, o Direito serve como ponte, mediante procedimentos, entre a esfera pública e o sistema político institucionalizado para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas para o interior do sistema político, regulando, assim, a transformação do poder comunicativo em administrativo.

Nesse contexto, as garantias constitucionais de liberdade de associação, liberdade de obter informações e a própria garantia de mecanismos de participação pública institucionalizados são de fundamental importância. No entanto, é igualmente fundamental o grau de atividade de atores relevantes – e não somente daqueles representantes de empresa reguladas – que possam fazer uso dessas garantias e procedimentos para influenciar a opinião pública e processos de formação do conteúdo da regulação.

As vantagens do modelo habermasiano decorrem do fato de Habermas trabalhar com um conceito duplo de racionalidade: a racionalidade instrumental (com vistas a fins predefinidos), que permitiria, em certa medida, incorporar o debate sobre organização e ação de grupos de interesse, que atuam segundo uma racionalidade estratégia com vistas a fins, e a racionalidade comunicativa (com vistas ao entendimento), que permitiria avaliar a atuação de grupos de interesses na esfera pública segundo outra perspectiva, que não a egoística, e é exatamente nesse ponto que a avaliação das condições de participação pública se afigura relevante.

Participar, no modelo de democracia de Habermas, implica deliberação pública e a circulação de poder político para além das instituições que formam o sistema político – Legislativo, Executivo, e Judiciário. A *esfera pública* e as condições de atuação de atores relevantes na *sociedade civil* passam a ter um papel de destaque no modelo de análise da organização social.

Nessa perspectiva, Habermas amplia o debate sobre *accountability* da atuação da burocracia estatal (poder administrativo). Assim, tendo como base o modelo habermasiano de democracia, poderíamos falar em *mecanismos deliberativos de accountability vertical* por meio da participação direta, não restrita apenas a processos eleitorais. E ao falarmos em *accountability vertical*, estamos nos referindo, ancorados na noção de deliberação do modelo habermasiano, a condições de legitimidade durante o processo decisório e não apenas em *responsabilização* como controle a *posteriori* de resultados (em termos de eficiência da decisão ou dos efeitos produzidos).

Esses recursos do modelo procedimental de democracia de Habermas propiciam a formulação de um novo instrumental analítico para a avaliação das características do chamado novo Estado regulador no Brasil (formado a partir das reformas da década 90), sobretudo para avaliar em que medida é possível afirmar que esse novo modelo de Estado regulador tem déficits ou potenciais democráticos e como tais potenciais podem ser realizados.

Para atingirmos os objetivos propostos no presente trabalho, faremos a análise de um órgão regulador criado ao ensejo das reformas regulatórias da década de 90 – a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e apresentaremos os resultados de pesquisa empírica acerca do funcionamento dos mecanismos de participação pública, especialmente sobre o mecanismo de audiência pública. As justificativas para a escolha da ANEEL foram apresentadas no capítulo 4 e basicamente estão relacionadas a fatores de ordem profissional, social e político.

O presente trabalho está dividido em 4 (quatro) capítulos. No *primeiro capítulo*, exploramos o conceito de paradigma, noção introduzida no Direito por Habermas, com a finalidade de definir os momentos de desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Nesse capítulo, vimos que, ao longo da história do constitucionalismo moderno, identificam-se três grandes paradigmas que embasaram e ainda embasam as interpretações jurídicas: o paradigma do *Estado liberal*, o paradigma do *Estado social* e o paradigma do *Estado democrático de direito*. A compreensão desses conceitos é de fundamental importância para entender a dinâmica do chamado *Estado regulador* e em que contexto ele se insere.

No *segundo capítulo*, abordamos, a partir de uma perspectiva histórica, a formação e o desenvolvimento do Estado regulador ao longo do século XX, considerando as experiências norte-americana e europeia como dois modelos que informam a formação do Estado regulador no Brasil, especialmente a partir da reforma do Estado brasileiro ocorrida ao longo da de 1990. Nesse capítulo é evidenciada uma constante tensão entre princípios liberais de funcionamento do Estado e o modelo de Estado regulador, sendo o caso americano a base para a análise das questões atinentes ao desenvolvimento do modelo de agências reguladoras independentes.

No *terceiro capítulo*, desenvolvemos uma análise teórica acerca da tensão entre eficiência e legitimidade, que é uma discussão que sempre esteve na base de atuação do Estado regulador. A referida análise tem como ponto central a reconstrução das teorias da democracia (*liberal e republicana*), feita por Habermas, e sua relação com as teorias da regulação, especialmente a teoria do interesse público (*normative positive theories*) e as teorias da captura e da escolha pública (*capture theories e public theories*), sendo que as teorias da captura e da escolha pública se inserem no contexto mais amplo do debate teórico sobre *rational choice*. A partir dessa análise, discutimos um conceito procedimental de democracia deliberativa, tendo como norte o modelo teórico de democracia proposto por Habermas. Referido conceito será a base do modelo de análise das condições de controle democrático e de legitimidade da ação regulatória do Estado, a partir de mecanismos de participação pública (*mecanismos deliberativos de accountability vertical*)

Por último, no *quarto capítulo*, fizemos uma análise de um órgão regulador criado ao ensejo das reformas regulatórias da década de 90 – a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e apresentamos os resultados de pesquisa empírica acerca do funcionamento dos mecanismos de participação pública, especialmente sobre o mecanismo de audiência pública. Nesse capítulo, procuramos avaliar as condições procedimentais de *accountability horizontal* da ANEEL no plano da separação de poderes e as condições de *accountability deliberativa vertical* (mecanismos de participação da sociedade civil na ANEEL e legitimidade decisória sobre o conteúdo da regulação). A partir dos resultados encontrados, procuramos apontar os potenciais democráticos e os déficits democráticos do modelo de agências reguladoras independentes, tendo como caso específico a ANEEL.

1. OS PARADIGMAS DO ESTADO DE DIREITO

O conceito de paradigma foi desenvolvido inicialmente por Thomas Kuhn no campo da moderna epistemologia. Em sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, Thomas Kuhn (KUHN, 2005, p. 13) define paradigma sendo um conjunto de “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante

algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade científica praticante de uma ciência”.

Essa ideia de paradigma de Kuhn, no sentido de um conjunto de pré-compreensões que integram o pano de fundo da linguagem, também se aplica ao Direito, na medida em que o Direito está inserido no campo da filosofia da linguagem (PENALVA, 2013).

Contudo, no campo do Direito, conforme ensina Martins,

[...] a noção de paradigma possui outra acepção, mais restrita, embora não incompatível com os atributos do conceito delineado por Kuhn, que corresponde a um ‘pano de fundo’, ou seja, a uma série de determinações preestabelecidas e não discutidas: um ponto de partida para os discursos jurídicos (MARTINS, 2013, p. 7).

Essa noção de paradigma foi introduzida no Direito por Habermas, com a finalidade de definir os momentos de desenvolvimento do constitucionalismo moderno.

Na visão de Habermas, os paradigmas jurídicos funcionam como uma espécie de pano de fundo não tematizado que intervém na consciência dos atores, como cidadãos, legislador, justiça e administração. Como consequência, a interpretação do Direito acaba por se definir a partir dessa influência, pois, afinal, os sentidos normativos não existem descolados dessas pré-compreensões, ou seja, os sentidos normativos são o resultado de uma determinada compreensão paradigmática (PENALVA, 2013).

Martins muito bem esclarece a noção de paradigma na teoria habermasiana:

Como constata Habermas, os juristas não somente interpretam a legislação vigente, mas também peroram sobre um ‘pré-compreensão usualmente dominante da sociedade contemporânea’. Em consequência disso, a própria interpretação do direito é considerada uma resposta aos ‘desafios de uma situação social percebida de uma determinada maneira (1997a, p. 123). Essa percepção específica e determinada de uma realidade social é ponto de partida para as interpretações das normas jurídicas, uma ‘pré-compreensão’ que perpassa o ‘trabalho rotineiro’ de administração da justiça e da legislação (MARTINS, 2013, p. 7-8).

Assim, ao longo da história do constitucionalismo moderno, identificam-se três grandes paradigmas que embasaram e ainda embasam as interpretações

jurídicas: o paradigma do *Estado liberal*, o paradigma do *Estado social* e o paradigma do *Estado democrático de direito*.

Em cada período de vigência, tais paradigmas vão exigir uma nova leitura dos direitos, uma nova ressignificação de conceitos como cidadania, igualdade, liberdade e legalidade.

No paradigma do *Estado liberal*, conforme ensina Carvalho Netto (2013a, p. 11), vai “[...] se afirmar pela primeira vez na história que todos os homens são livres, iguais e proprietários”. No entanto, a liberdade defendida nesse período era uma liberdade egoística, baseada na propriedade, uma liberdade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proibiam, que colocava em xeque a própria capacidade das pessoas viverem em sociedade, ou seja, a própria capacidade da sociedade moderna se instituir como tal.

Por sua vez, igualdade, no *Estado liberal*, era uma igualdade meramente formal, perante a lei, sem levar em consideração as condições econômicas e sociais dos indivíduos. O público e o privado, nesse período, são vistos como esferas distintas e até mesmo opostas, sendo o privado concebido como o reino do egoísmo e o público como o exclusivamente estatal.

Como assinala Carvalho Netto (2013a, p. 14) “Aquela ideia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a consequências bastante radicais [...]”, produzindo muitas desigualdades sociais e muita luta social, o que levou ao surgimento do paradigma do *Estado social*.

Sob a égide desse paradigma, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade foram redefinidos, exigindo-se agora que sejam materializados, e ao se fazer essa materialização, amplia-se o rol de direitos fundamentais até então concebidos, enfatizando-se agora a dimensão coletiva desses direitos (CARVALHO NETTO, 2013a).

Carvalho Netto assim explica essa passagem para o constitucionalismo social:

A ideia de liberdade agora se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento na lei das diferenças materiais entre as pessoas, e sempre na proteção do lado mais fraco das várias relações. É precisamente com essa mudança básica que os Direitos sociais coletivos se importam; é com ela que vamos ter a ideia de liberdade como exigência de leis que reconheçam materialmente as diferenças, com a emancipação do campo do Direito civil, do Direito do trabalho, da previdência social, etc (CARVALHO NETTO, 2013^a, p. 15).

No *Estado social*, a cidadania deixa de ser concebida apenas como o direito ao voto (cidadania formal) e passa a exigir o acesso aos direitos sociais e coletivos, como o direito à educação, saúde, cultura, previdência social, etc.. A esfera pública continuava a ser confundida com o estatal e a privada continuava a ser vista como reino do egoísmo, e apenas o voto, agora direito de todos, continuaria a unir essas duas ordens vistas como antagônicas (CARVALHO NETTO, 2013a).

Segundo Carvalho Netto (2013a, p. 16), o grande desafio do *Estado social* era “[...] construir uma cidadania que, desde o início, é, de fato, desqualificada por carência de materialidade de seus direitos”.

No entanto, o grande erro do *Estado social* foi imaginar que a economia supre direitos e que a cidadania é algo que possa ser imposto de cima para baixo, sem a participação popular efetiva e isso levou ao problema do *déficit* de cidadania e à crise desse modelo de Estado constitucional. Como ressalta Carvalho Netto (2013a, p. 16), “É preciso ver que a experiência democrática é sempre uma experiência de aprendizado para qualquer povo. Temos que aprender a fazer democracia [...]”.

É nesse contexto que surge o chamado *Estado democrático de direito*, no qual os conceitos de cidadania e igualdade sofrem novas releituras. A cidadania agora passa a ser concebida como um processo, como participação efetiva. A igualdade, por sua vez, “[...] passa a ser uma norma aberta e mutável, sempre capaz de incluir novos sujeitos.” (PENALVA, 2013, p. 13) e, nesse sentido, significa essencialmente um respeito às diferenças.

Essas ressignificações deram origem aos chamados direitos *difusos*, como o Direito Ambiental, o Direito ao Patrimônio Histórico, o Direito do Consumidor, os quais refogem à dicotomia *público x privado* (CARVALHO NETTO, 2013a).

A relação entre o público e o privado também passa por alterações. A respeito dessa mudança, ensina Carvalho Netto:

Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal, ou exclusivamente estatal, e o privado não mais pode ser visto como *egoísmo*. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo (CARVALHO NETTO, 2013a, p. 17).

Enfim, no *Estado democrático de direito*, as esferas pública e privada passam a se relacionar de maneira interdependente, reciprocamente necessárias e constitutivas, o que contribui para a construção de uma cidadania verdadeiramente democrática.

No campo da interpretação do Direito, com o surgimento desse novo paradigma, a perspectiva jurídico-constitucional sofreu mudanças consideráveis, sendo que o Direito deixa de se vincular ao “império da lei” do positivismo em direção à “constitucionalização da ordem jurídica” do pós-positivismo. O Direito do Estado democrático de direito é um Direito constitucionalizado, um ordenamento jurídico complexo, marcado pela presença de regras e princípios como duas espécies normativas igualmente aplicáveis à vida dos indivíduos e do Estado (ACUNHA, 2013, p. 11).

A composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, aplicáveis à maneira do tudo ou nada, como entendia o positivismo. O ordenamento jurídico agora também é composto por princípios, os quais também possuem densidade normativa (integram o conceito de norma jurídica), vinculam os destinatários da mesma forma que uma regra de direito e não se eliminam reciprocamente.

A norma jurídica não é mais um dado *a priori*, senão que um construído resultante do processo de hermenêutica. Nesse contexto, torna-se relevante a diferenciação entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração e os discursos judiciais e executivos de aplicação,

regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso (CARVALHO NETTO, 2004).

Além disso, no momento em que se busca determinar o sentido do texto jurídico, feito na realidade, é necessário contar com a participação dos interessados na produção do Direito em concreto. Como referido por Acunha, apenas os

[...] interessados na decisão da causa, e diretamente afetados pela aplicação da norma, podem, legitimamente, auxiliar na definição da prestação estatal necessária, que vai satisfazer a disposição constitucional de direito fundamental e atender ao que determina a norma constitucional hermeneuticamente produzida (ACUNHA, 2013, p. 12).

Assim, no *Estado democrático de direito*, “a gênese dos direitos é explicada pela participação comunicativa dos cidadãos, com iguais liberdades subjetivas na formação do direito que, por sua vez, deverá reservar espaço para um exercício discursivo de autonomia política” (MARTINS, 2013, p. 15).

E acerca dessa necessidade imperiosa de legitimação do Direito, quem nos fala é Habermas, asseverando que:

Não é a forma jurídica enquanto tal que legitima o exercício da dominação política, mas tão só o vínculo com a lei legitimamente promulgada. E, em um nível pós-convencional de justificação, só são consideradas legítimas as leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os co-associados em um processo discursivo de formação de opinião e vontade (HABERMAS, 2003, p. 3).

Dessa forma, para que o constitucionalismo atual seja considerado legítimo, ele deve ser o resultado desse processo discursivo de formação de opinião e vontade de que nos fala Habermas.

2. A FORMAÇÃO DO ESTADO CAPITALISTA REGULADOR

Pode-se dizer que o chamado *Estado regulador* é consequência da crise do modelo de *Estado capitalista liberal* do *laissez faire*, não intervencionista, baseado na autorregulação das relações econômicas, consoante uma a lógica de equilíbrio de preços dada pelo mercado concorrencial puro (na visão dos economistas neoclássicos), e que funcionaria de acordo com o pressuposto de que o homem age racionalmente buscando a maximização de seus interesses individuais.

Habermas (1997, v. 2 p. 143-144) nos fala dessa passagem do *Estado liberal* para o *Estado regulador*, acentuando que: “na ótica do modelo de mercado liberal, a sociedade é resultado de forças espontâneas, formando uma espécie de segunda natureza, subtraída à influência de atores individuais; ao passo que, na perspectiva do Estado regulador, que organiza a vida social, ela perde tal naturalidade”.

Tendo em mente a ideia de paradigma desenvolvida no capítulo anterior, pode se dizer que as características próprias do modelo de *Estado liberal* continuam, mesmo diante de reformas regulatórias, presentes e convivendo, na forma de princípios e técnicas administrativas com o modelo de *Estado social* e outros. Nesse sentido, um novo modelo de ação regulatória do Estado sobre a organização da vida social apenas acrescentaria ao sistema jurídico e ao sistema político, novos tipos de normas e técnicas administrativas, sem necessariamente superar os tipos de normas e técnicas característicos do modelo anterior.

De todo modo, a grande mudança então no modelo de condução da economia na passagem do *Estado liberal* para o *Estado regulador* é a ampliação da atuação do Estado não apenas no plano do controle da política monetária e fiscal, como desenhado inicialmente por Keynes, mas também no planejamento da organização das estruturas de mercado e das relações sociais em determinados setores da economia.

Assim, as principais características desse modelo de Estado regulador evidenciam-se pelo fato de que será um *Estado regulador*, em sentido amplo, na medida em que associará mecanismos de regulação monetária e fiscal com mecanismos de planejamento econômico, mas será também regulador, em sentido estrito, na medida em que desenvolverá técnicas administrativas de correção de falhas de mercado, na forma de regulação da prestação de serviços ao consumidor e proteção do mercado concorrencial.

Os modelos de Estado regulador que se constituíram ao longo do século XX nos Estados Unidos e na Europa têm diferenças e é de fundamental importância entendermos essas diferenças entre o modelo de Estado regulador norte-americano

e o modelo europeu na primeira metade do século XX, para então compreendermos o que estamos chamando de *novo Estado regulador brasileiro*.

2.1. A formação do Estado Capitalista Regulador nos Estados Unidos

A regulação econômica de mercados, nos Estados Unidos, tem início já final do século XIX, com a criação de órgãos reguladores estaduais. A Massachusetts Board Railroad Commissioners foi o primeiro órgão regulador a ter relevância no cenário econômico norte-americano. Tratava-se de uma agência estadual, criada em 1869 para regular o transporte por meio de estradas de ferro na região, sobretudo no que diz respeito ao controle de tarifas, segurança e qualidade. No entanto, a regulação por meio de agências independentes somente começa a se desenvolver, efetivamente, nos Estados Unidos com a criação da primeira agência de regulação setorial a nível federal, em 1887, a saber, a Interstate Commerce Commission, que, além das preocupações anteriores, havia preocupações também com as condições de concorrência entre os agentes econômicos.

Em 1890, foi editado pelo Congresso norte-americano o Sherman Antitrust Act e em 1914 foram editados o Clayton Act e o Federal Trade Commission Act, que serviram como reforço ao aparato jurídico-institucional para a defesa da concorrência e para a regulação de mercados nos Estados Unidos. No entanto, somente após o New Deal's National Industrial Recovery Act, editado em 1933, é que as agências reguladoras independentes ganharam força e se multiplicaram nos Estados Unidos. Assim, foi a partir do Governo Roosevelt que as agências reguladoras ganharam relevância enquanto mecanismos jurídico-institucionais de regulação da economia.

No desenvolvimento do Estado regulador norte-americano, antes do *New Deal*, de 1933, a ação regulatória do Estado estava fundamentalmente concentrada, em primeiro lugar, no controle de problemas de discriminação tarifária no setor ferroviário (por meio do Interstate Commerce Act de 1887) e, depois, na criação e aperfeiçoamento de um sistema de defesa da concorrência.

A análise da história da organização da economia norte-americana demonstra que o desenvolvimento das grandes corporações norte-americanas no pós-guerra e, sobretudo, depois da depressão de 1930, foi fruto de planejamento econômico com grande participação do Estado. Assim, especialmente a partir do New Deal (1933-1940), a história da organização da economia dos Estados Unidos será marcada pelo planejamento industrial e, em vários setores, será caracterizada por atividades de grandes corporações com a necessidade de produção de bens ou prestação de serviços em grande escala, com a presença do Estado.

Esse planejamento de setores da economia norte-americana com a participação do Estado pode muito bem ser ilustrado pelo florescimento do *modelo de órgãos reguladores*. Nesse sentido, o controle do desenvolvimento econômico por meio de agências reguladoras passou a ter grande importância após a crise de 1929, com o *New Deal*.

Pode-se dizer que o desenvolvimento do Estado regulador norte-americano teve dois momentos cruciais: o *New Deal* (1933-1944) e a *New Social Regulation* (1965-1980). Esses dois momentos fundamentais podem ser caracterizados no tempo a partir da concentração de reformas legislativas que trouxeram mudanças significativas no desenho institucional da burocracia estatal e na forma de regulação da economia.

Com o *New Deal*, em 1933, quatro novos órgãos reguladores foram criados (a Securities and Exchange Commission, a Federal Communications Commission, a National Labor Relations Board e a Civil Aeronautics Authority), no contexto do National Industrial Recovery Act, editado para conferir suporte à atuação do Estado na recuperação da economia norte-americana, abalada pela *crise de 29* e a *depressão dos anos 30*. Além disso, órgãos reguladores já existentes, como a Federal Trade Commission, receberam novas incumbências ao longo da década de 30.

Do ponto de vista da configuração do *Estado regulador* nos Estados Unidos, o *New Deal* acarretou mudanças substanciais no desenho da burocracia estatal norte-americana e, no plano do Direito, mudanças que determinaram novos tipo de

normas e novas técnicas administrativas de regulação da economia, que passaram a conviver com os ideais liberais do século XIX, sobretudo no que diz respeito ao ideal de livre concorrência.

No plano do desenho da burocracia estatal norte-americana, a mudança central está na criação de órgãos reguladores independentes com a finalidade de regular setores da economia norte-americana. A defesa do modelo de agências reguladoras esteve essencialmente fundada na crença de que o insulamento burocrático e especializado das agências em face à prática política no plano do Poder Legislativo seria indispensável para garantir a regulação mais eficiente de setores da economia norte-americana.

Nessa perspectiva, a defesa da delegação de poderes do Legislativo para as agências reguladoras e a justificativa para estas terem funções quase-legislativas, quase-executivas e quase judiciais-judiciais foi feita pela primeira vez nos Estados Unidos, por James Landis, no livro *The Administrative Process* (1938) (MATTOS, 2017).

Por outro lado, a *New Social Regulation* (1965-1980) também é um movimento crucial para a compreensão do *Estado Regulador* nos Estados Unidos. Nesse sentido, no contexto do desenvolvimento do *Welfare State*, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, a partir de 1970 foram criados três novos órgãos reguladores (a Consumer Product Safety Commission, a Occupational Safety and Health Administration e a Environmental Protection Agency), com preocupações com a defesa dos consumidores, trabalhadores e meio ambiente, respectivamente.

Dessa forma, se no primeiro momento da constituição do *Estado regulador* norte-americano a principal preocupação era com o controle do poder monopolista, da concorrência destrutiva ou com o planejamento industrial de setores da economia norte-americana, com vistas ao desenvolvimento econômico, no segundo momento, além das preocupações iniciais, buscou-se corrigir com maior ênfase os problemas de informação imperfeita aos consumidores e a pequenos acionistas, segurança dos produtos, proteção ao meio ambiente, certeza dos resultados da ação regulatória e maior equidade distributiva.

Esse novo movimento regulatório da *New Social Regulation* tem as suas bases, em parte, no ideal desenvolvimentista do *New Deal*. Contudo, a força dessa segunda onda regulatória nos Estados Unidos nasce nos movimentos políticos que serão qualificados depois como a *New Left* norte-americana. Assim, a organização de movimento de ativistas políticos favoráveis à radicalização da democracia na década de 60 – os chamados *civil rights movements* – possibilitou o desenvolvimento das bases teóricas que servirão de amparo à *New Social Regulation* (MATTOS, 2017).

A diferença principal entre o ideário do *New Deal* e da *New Social Regulation* estava nas críticas que os membros da chamada *New Left* faziam ao *New Deal*, sendo a principal delas a de que o modelo de *Estado regulador* próprio do *New Deal* teria afastado do indivíduo a participação (enquanto condições democráticas de influência) na formulação de políticas públicas.

Essa crítica não será uma crítica ao *Estado regulador* em si nem mesmo uma crítica à existência de órgãos reguladores. Porém, será uma crítica radical no sentido de proporcionar e garantir participação pública na formulação do conteúdo da regulação. A ideia de democracia participativa será transformada em um ideal que estará na base da definição das instituições e das políticas públicas da *New Social Regulation*. Nesse contexto, o ideal de democracia participativa irá influenciar profundamente o desenho institucional de órgãos reguladores na década de 70 no cenário norte-americano.

Comparando-se os movimentos do *New Deal* e da *New Social Regulation*, observa-se que foram completamente diferentes as estratégias de politização da burocracia estatal adotadas pelos defensores do ideal de realização do *interesse público*, que se contrapunha ao ideal liberal de maximização egoísta do *interesse privado*.

No contexto do *New Deal*, o ideal de realização do *interesse público* esteve centrado no insulamento burocrático do órgão regulador, todavia, com subordinação deste ao Presidente da República, mantendo-se o ideal de neutralidade política, que

dava suporte à noção de independência decisória das agências reguladoras, em relação ao Poder Legislativo.

Já no contexto da *New Social Regulation*, os ativistas *pro-interesse público* defenderão a independência decisória dos órgãos reguladores, porém sem insulamento burocrático. A independência decisória é concebida em relação aos três Poderes, incluído a independência em relação ao chefe do Poder Executivo. No entanto, não há neutralidade política nessa concepção, dado que o *interesse público* seria perseguido através de garantias institucionais existentes à participação pública de grupos de interesse.

Nessa segunda fase do *Estado regulador* norte-americano, o ideal de participação pública, defendido pela *New Left*, tem ainda por base o ideal liberal de valorização do indivíduo. Contudo, no caso da *New Social Regulation*, inspirado pela *New Left*, será uma defesa da liberdade individual ao mesmo tempo contra privilégios de realização de interesses das grandes corporações e contra eventuais obstáculos à participação pública de qualquer cidadão interessado em apresentar diretamente suas demandas ao órgão regulador, daí a defesa da democracia direta, nos moldes da democracia participativa, em detrimento dos limitados mecanismos de representação política da democracia representativa, ou seja, a defesa da radicalização de mecanismos jurídico-institucionais de participação pública direta na formulação do conteúdo da regulação (MATTOS, 2017).

Pode-se dizer que o resultado do *New Deal* e da *New Social Regulation* foi a ampliação radical não só da atuação do Estado sobre a esfera econômica e sobre a organização da vida social, mas também, e sobretudo, como reação, a ampliação das formas de representação de interesses para o controle democrático da ação regulatória do Estado.

No plano do Direito, as mudanças aconteceram fundamentalmente no âmbito do direito processual e o *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946 é um dos principais instrumentos introduzidos nesse contexto. Através da APA foram reconhecidas garantias jurídicas à revisão judicial da ação regulatória do Estado. Paralelamente, a APA reforça o princípio do *direito de ser ouvido* (*right to be heard*),

enquanto um dos pilares da representação de interesses no Poder Judiciário, porém na forma de *audiências públicas* e *consultas públicas* no interior das agências reguladoras (MATTOS, 2017).

Com a *New Social Regulation* e no contexto político de atuação da *New Left*, ocorre a radicalização do sentido das audiências públicas e consultas públicas no caso norte-americano e o debate sobre o sentido dos mecanismos de participação pública será ampliado, tendo em conta o caso de interesses existentes na sociedade que não têm representatividade ou “não têm grupo”. A constante preocupação com o equilíbrio da representação de interesses levou a um movimento de ampliação do papel do Judiciário na revisão das normas editadas pelas agências reguladoras (MATTOS, 2017).

Na discussão norte-americana, dois modelos de concepção de direitos de participação pública na formulação de políticas públicas podem ser identificados, tendo como ponto de tensão a oposição entre ampliação da atuação do Estado e ampliação de mecanismos de representação política. Trata-se do *modelo individualista* e do *modelo estatizante* de concepção de direitos. No primeiro modelo, o papel do judiciário é reforçado enquanto arena supostamente neutra na qual os interesses não representados são garantidos. Por sua vez, o segundo modelo (*modelo estatizante*) representa uma concepção de direitos de representação de interesses e participação pública centralizada no Poder Executivo e no Poder Legislativo, e não no Judiciário, na tradição da *common law*.

A principal característica dessa última concepção é a ampliação da administração direta (representada na figura do Presidente) na definição de objetivos de políticas públicas e realização de direitos, sendo reforçado o eixo de circulação de poder Congresso (Poder Legislativo) – Presidente (Poder Executivo), com redução do papel do Judiciário na revisão do conteúdo das normas editadas pela burocracia estatal.

O *modelo estatizante* claramente parte de uma redução da proteção dos mecanismos de participação pública por meio da possibilidade de revisão de decisões administrativas (consoante o *modelo individualista*), o que acarreta a perda

de espaço do Judiciário enquanto lócus de revisão das decisões das agências reguladoras. O pressuposto político desse modelo está na concepção de que o Estado (administração direta) define e realiza o interesse público, representando interesses de todos os grupos existentes na sociedade, legitimado pelo processo eleitoral, daí o eixo de circulação do poder político (Legislativo – Executivo) ganhar relevância e os mecanismos de participação pública direta no seio das agências reguladoras e os mecanismos de revisão judicial do conteúdo de políticas públicas perdem relevância (MATTOS, 2017).

Essa nova centralização da definição do conteúdo da regulação no eixo Legislativo-Executivo, inspirada no *modelo estatizante* de concepção de direito, pode ser ilustrada, sobretudo, pelos anos de administração do Presidente Ronald Reagan (1981-1989) e a utilização do *Office of Management and Budget* (OMB) com o objetivo de estabelecer controle centralizado e direto do conteúdo da regulação por parte dos gabinetes presidenciais, o que substituiu, em certa medida, o controle realizado pelo Judiciário no contexto do *modelo individualista* de direitos (MATTOS, 2017).

Nada obstante essa mudança de perspectiva (a chamada *desregulação* da economia norte-americana a partir da década de 80), é importante anotar que os mecanismos de participação pública no interior das agências continuaram existindo, bem assim todas as garantias à revisão judicial, sendo que a mudança efetivamente percebida, a partir do Governo Reagan, foi em relação à crença na efetividade das formas de controle social da regulação através de participação direta de grupos de interesse junto à burocracia estatal, associadas ao controle mais amplo do conteúdo da regulação por parte do Poder Judiciário, conforme defendido pela *New Left* no contexto *New Social Regulation*.

Esses mecanismos de participação pública direta, juntamente com a revisão judicial, continuaram a ser adotados e tomaram novas formas, como a *cooperação*, a *parceria*, a *autoregulação* e a *regulação negociada*. Essas novas formas de participação pública continuaram a ser, de modo geral, interpretadas como formas de tornar a atuação das agências controlada (*accountable*) diretamente pelos atores afetados pelas normas por elas editadas. Contudo, a crença no controle direto das

agências pela sociedade civil – bandeira tão cara ao movimento *New Left* – é enfraquecida no contexto de centralização do controle da regulação na figura do Presente e na diminuição do papel do Judiciário na revisão do conteúdo de normas editadas pelas agências reguladoras.

2.2. A formação do Estado Capitalista Regulador na Europa: pontos de aproximação e ponto de afastamentos em relação ao modelo Norte-Americano.

O processo de formação do Estado regulador na Europa apresenta diferenças significativas entre os países europeus se levarmos em consideração as características do processo de industrialização de cada país. Nesse sentido, o processo de industrialização na Inglaterra e na França, por exemplo, desenvolveu-se de forma significativamente diferente do processo de industrialização da Alemanha e da Itália. Diferenças ainda mais significativas ocorrem se levarmos em consideração o processo de industrialização na Rússia e no Leste Europeu.

No presente estudo, a análise ficará restrita apenas à formação do Estado regulador na Europa Ocidental e suas transformações no contexto da constituição da União Europeia. Além disso, a análise aqui empreendida se limitará a definir as suas características genéricas e, no contexto de formação jurídico-institucional da União Europeia, indicar as suas transformações no plano supranacional.

Embora as técnicas administrativas para regular a economia europeia são as mesmas técnicas gerais utilizadas pelo Estado regulador norte-americano, quais sejam, *técnicas administrativas de correção de “falhas de mercado”* e *técnicas administrativas de estabilização e desenvolvimento econômico*. A diferença principal em relação ao caso norte-americano se dá, sobretudo, no plano político.

Com efeito, os Estados europeus fizeram a opção por exercer o controle do desenvolvimento econômico através da propriedade pública e da planificação da economia. Nesse sentido, a propriedade pública e o aparato jurídico-institucional criado para o desenvolvimento da economia com suporte em grandes empresas

estatais afetaram o direito de propriedade e o direito de livre iniciativa e o grande desafio foi saber como legitimar, então, esse processo.

Nesse contexto, a legitimação da ação regulatória do Estado na Europa esteve essencialmente baseada em dois pilares: a) a definição de metas e o controle de resultados por parte do Poder Legislativo (em geral, no contexto de regimes parlamentaristas); e b) o controle da atuação da burocracia estatal (incluindo as empresas estatais) por meio de permanente negociação com os atores sociais envolvidos, sobretudo com os sindicatos. Esses dois fatores são bastantes característicos do caso europeu e constituem uma diferenciação clara em relação às formas de controle democrático da regulação norte-americana (MATTOS, 2017).

No entanto, o ponto central dessas duas formas diz respeito à mesma tensão que encontramos no debate norte-americano entre delegação do poder normativo por parte do Poder Legislativo (no caso europeu, aos conselhos executivos aos quais as empresas estatais estavam vinculadas) e controle da atuação da burocracia estatal (Administração) na regulação da esfera econômica e social.

No cenário europeu, essa tensão é enfrentada no Parlamento através da articulação entre o grupo político que está no poder administrativo (o primeiro-ministro e seus gabinetes executivos) e os demais parlamentares. Simultaneamente, os sindicatos funcionam como grupo de interesse organizados na sociedade civil que exercem pressão tanto junto ao Parlamento (por intermédio da relação sindicatos – partidos políticos), como, principalmente, no interior da burocracia estatal, especialmente sobre as empresas estatais (MATTOS, 2017).

Assim, no caso europeu, o Judiciário perde importância no controle da burocracia estatal no contexto de separação de poderes, se compararmos com o caso norte-americano. E isso ocorre porque o controle da burocracia via Poder Legislativo – em função de características inerentes ao regime parlamentarista – permite a permanente revisão do conteúdo de políticas públicas definidas pela Administração, caso o primeiro-ministro perca sua base de apoio no Parlamento.

Após o processo de privatização das décadas de 80 e 90, o principal debate que se coloca no cenário europeu é exatamente a necessidade de novas formas de controle do desenvolvimento econômico por parte do Estado. Nesse sentido, a experiência norte-americana em matéria de regulação, seja por meio de agências setoriais, seja através da defesa da concorrência, passa a ser estudada e aplicada na Europa. Assim, grande parte dos problemas teóricos e práticos que tiveram relevância nos Estados Unidos passa a orientar os debates europeus sobre reforma do Estado, sendo o maior exemplo desse fenômeno a própria organização institucional da Comissão Europeia enquanto órgão de regulação econômica em nível comunitário.

Dessa forma, no caso europeu, mais precisamente o da União Europeia, as reformas econômicas na verdade combinam liberalização do mercado (privatizações) com regulação. Por outras palavras, tratou-se de uma reformulação de normas antigas e da criação de novas normas e todas essas transformações constituem o que se pode chamar de *reformas regulatórias*.

Da perspectiva do conteúdo da regulação, a principal diferença entre o modelo norte-americano e o modelo europeu de Estado regulador está no fato de que, antes das *formas regulatórias*, a ação do Estado europeu estava mais centrada em *técnicas administrativas de estabilização e desenvolvimento econômico* e menos centrada em *técnicas administrativas típicas de correção de falhas de mercado*, ao passo que, no caso norte-americano, a preocupação com técnicas de *estabilização e desenvolvimento econômico* (em especial por meio do planejamento econômico) somente foi introduzida no contexto do *New Deal*. Após as *formas regulatórias* do Estado europeu, essas *técnicas de correção de falhas de mercado* – desenvolvidas a partir da experiência norte-americana – passarão a ter maior relevância.

No que se refere aos aspectos de forma de regulação, pode-se dizer que antes da constituição do aparato regulatório próprio à regulação no Mercado Comum Europeu, a ação regulatória do Estado esteve centrada no eixo poder administrativo (órgãos do Poder Executivo e empresas estatais) – Parlamento, ao passo que, no contexto da União Europeia, e após as *reformas regulatórias*, há uma mudança na forma de circulação do poder político, na medida em que a Comissão Europeia e

seus órgãos reguladores passam a definir diretrizes a serem observadas pelos Estados membros. Alterações também ocorreram nas burocracias estatais em cada Estado-membro, que passaram a adotar a dicotomia regulatória norte-americana (MATTOS, 2017).

Nessa perspectiva, a especialização da regulação e a criação de comitês regulatórios em nível nacional e comunitário permitirão que o controle da burocracia estatal deixe de estar centrada apenas no Parlamento e na relação endêmica entre partidos políticos e sindicatos e passe a estar mais aberto à participação pública de setores da sociedade civil organizados. Dessa maneira, o debate sobre legitimidade decisória na ação regulatória do Estado ganha novos contornos no cenário europeu, propiciando uma aproximação com o debate sobre a participação pública na regulação de mercados nos Estados Unidos.

2.3. A formação do Estado Capitalista Regulador no Brasil.

2.3.1. O Estado regulador antes das reformas dos anos 90.

A existência de um modelo de *Estado regulador* não constitui uma novidade no Brasil e pode ser verificado já a partir dos anos 30. Muitos autores preferem qualificar esse modelo de *Estado regulador* como *Estado desenvolvimentista* ou *Estado tecnoburocrático –capitalista dependente*³.

Com efeito, com a industrialização da economia brasileira e adoção de mecanismos de proteção de setores da economia nacional a partir do primeiro Governo Vargas, uma nova burocracia estatal se forma para regular a economia brasileira, incluindo a criação de empresas estatais para alavancar o desenvolvimento industrial⁴. Nesse período, é criada uma série de órgãos de coordenação de planejamento econômico federais, autarquias especializadas para a regulação de setores específicos da economia e empresas estatais que, articulados

³ Nesse sentido, conferir: Celso Furtado. *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 3. Ed., 1965, p. 175-185.

⁴ A esse respeito, conferir: Eli Diniz. *Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

com os outros órgãos reguladores, realizarão os investimentos produtivos necessários à industrialização⁵.

No caso brasileiro, o modelo de *Estado regulador* que se forma será distinto do modelo de *Estado regulador* caracterizado pelo *New Deal* ou pela *New Social Regulation* nos Estados Unidos e pelo modelo de Estado do bem-estar social europeu. O Estado regulador brasileiro adotou uma série de técnicas administrativas, sobretudo a planificação da economia, em parte se aproximando de modelos de planejamento econômico keynesianos, mas distantes do que ficou conhecido na literatura como *Welfare State Keynesiano*.

A principal característica que marca o processo de industrialização brasileiro a partir dos anos 30 é a coordenação dos investimentos no setor produtivo estatal. A necessidade de tal tipo de coordenação traz para o processo de regulação da economia não apenas técnicas de administração fiscal e monetária, mas, sobretudo, técnicas de criação e acumulação de capital produtivo e de centralização e intermediação de capital financeiro, em paralelo às técnicas de coordenação dos investimentos por meio de empresas estatais e do setor produtivo privado, que se desenvolve com laços estreitos com o setor produtivo estatal (COUTINHO; REICHSTUL, 1977).

Dessa forma, o modelo de Estado regulador que se forma no Brasil a partir dos anos 30 será diferente do modelo de Estado regulador que se forma nos Estados Unidos, se compararmos as técnicas administrativas utilizadas para regular a economia em um e outro caso. Contudo, é possível afirmar que as técnicas administrativas adotadas no Brasil se aproximam mais das técnicas administrativas adotadas na forma do Estado regulador europeu. Trata-se, porém, de uma análise estática que pouco contribui para a compreensão das especificidades do caso brasileiro.

⁵ Nesse sentido, conferir: Alberto Venâncio Filho. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

No entanto, se deslocarmos o foco de análise da formação do Estado regulador no Brasil das técnicas administrativas adotadas (uma análise estática) para as condições de exercícios de poder no interior dos novos lócus de poder decisório institucionalizados com a criação de uma nova burocracia estatal, aí incluídas as empresas estatais (uma análise dinâmica), as especificidades do caso brasileiro em relação ao caso norte-americano e ao caso europeu ganham evidência.

Com efeito, no caso brasileiro, a formação do Estado regulador nos anos 30 é essencialmente autoritária. O modelo de organização da economia centralizado no Estado refletiu, à época, um pensamento autoritário que, ao fazer a crítica do pensamento liberal, não rompeu com as relações de poder e dominação até então vigentes. Vários autores como Francisco Campos, Oliveira Viana e Azevedo Amaral, dentre outros, deram suporte teórico ao modelo de Estado adotado, evidenciando uma concepção autoritária de Estado forte e centralizado que acaba por internalizar no processo político a oligarquia até então existente (DINIZ, 1978).

Nesse contexto, diferentemente do caso norte-americano e do caso europeu, onde há na passagem do *Estado liberal* para o *Estado regulador* uma disputa ampla de grupos de interesse que acaba por moldar a forma pela qual a burocracia estatal funcionará, havendo, assim, como vimos, maiores condições de controle (*accountability*) dos processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas, no Brasil, a luta pelo poder teria se restringido aos grupos dominantes com acesso aos canais de circulação de poder político e controle da máquina estatal (FURTADO, 1964).

Nesse sentido, a formação da burocracia estatal e a expansão do processo de criação de empresas estatais estiveram diretamente associadas a uma relação de subordinação ou de associação dos tecnocratas, que se formam no contexto da ampliação da burocracia estatal desde Vargas, com o capitalismo local e multinacional. E essa relação de dependência e aliança com o capital multinacional se intensifica ainda mais com chegada de uma nova classe social ao poder: os militares em associação com os tecnocratas (COUTINHO; REICHSTUL, 1977).

Dessa forma, diferentemente do contexto de industrialização na Europa, no qual houve disputa política entre grupos de interesse, incluindo a classe trabalhadora organizada na forma de sindicatos com expressiva representação política, e a democracia representativa foi adotada como sendo o melhor sistema político para o desenvolvimento econômico associado à ampliação da regulação da economia, no Brasil – país que adotou uma matriz de desenvolvimento dependente do capital multinacional – a associação entre democracia e acumulação de capitalista não se sustentou (EVANS, 1979).

Essa situação pode ser comprovada a partir de duas constatações empíricas: (i) o fato de o Estado tecnoburocrático-capitalista dependente ter se desenvolvido no Brasil diretamente associado a regimes autoritários, tendo atingido seu ápice no regime militar de 1964-1985, com o enfraquecimento do Congresso e supressão de direitos políticos; e (ii) o fato de os canais de circulação do poder político terem sido concentrados essencialmente na figura do Presidente da República, enquanto chefe da administração direta e o responsável pela formulação de políticas públicas a serem executadas por órgãos da administração indireta ou pelas empresas estatais.

Dessa forma, no período antes das reformas dos anos 90, a relação entre desenvolvimento econômico e autoritarismo é bastante evidente e o tipo de autoritarismo ainda mais centralizado no período de ditadura militar de 1964-1985 reforçou a situação de dependência econômica do país e de exclusão social, uma vez que as políticas públicas definidas nos gabinetes ministeriais e pela tecnocracia especializada eram resultado das relações de poder da *tríplice aliança* entre tecnocratas, elites locais e multinacionais, sempre em benefício desses grupos de interesse em detrimento das classes excluídas ou sem acesso aos canais de circulação de poder político. Assim, os argumentos que davam suporte à formulação de políticas públicas atendiam à racionalidade de legitimação de qualquer conteúdo, desde que o conteúdo das políticas públicas atendesse aos interesses dos grupos que compunham a aliança (EVANS, 1979).

Nessa perspectiva, no Brasil, não teria ocorrido a formação de uma burocracia estatal concebida para regular as esferas da vida social a partir do

embate de forças políticas na “sociedade civil”. Ao contrário, nesse período, será sempre um Estado que se organizará na forma de uma burocracia pouco porosa às “demandas da sociedade civil” e será essencialmente um Estado autoritário. Assim, apenas os grupos que dão suporte ao grupo político que está no poder – de forma autoritária ou por meio de eleições – têm acesso a canais de comunicação com os burocratas formuladores de políticas públicas e garantem os seus interesses.

Nessas circunstâncias, a questão da legitimidade surge como um problema central, pois, do ponto de vista simbólico, o exercício do poder político pelo grupo que está no poder precisa aparecer como políticas “em benefício da comunidade”, o que levará os sucessivos governos a recorrer à expressão “interesse público” como um lugar comum retórico.

Dessa forma, no caso brasileiro, a legitimidade dos governos populistas ou dos governos ditatoriais sempre foi buscada na forma de políticas públicas que procuram, no caso do populismo, organizar dos setores da “sociedade civil” não representada a partir do próprio Estado (Governo Vargas e sua política trabalhista) ou por meio de altos índices de crescimento econômico (as propagandas do “Brasil Potência”, com os militares do regime pós-1964) (MATTOS, 2017).

Portanto, a legitimidade nunca esteve associada a justificativas racionais e públicas das políticas que estavam sendo adotadas e, tampouco, foi conformada a partir da representação de interesses dos vários setores da “sociedade civil” atingidos por essas políticas. Ao revés, foram sempre políticas que representaram os interesses daqueles que estavam inseridos na estrutura de relações de poder dos “anéis burocráticos”⁶.

Ademais, é importante acentuar que a forma pela qual o Estado regulador foi institucionalizado no Brasil levou a um “tecnocratismo” através do qual assumimos que “questões técnicas” não implicam “questões políticas”, sendo que essa separação entre técnica e política foi utilizada, no contexto histórico dos nossos

⁶ Sobre o conceito de “anéis burocráticos”, ver: Fernando Henrique Cardoso. *O Modelo Político Brasileiro e Outros Ensaios*. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973, p. 94.

regimes autoritários, de forma a justificar no interior da burocracia estatal interesses políticos que, diante da realidade dos fatos, sempre estiveram muito distantes do ideal de “interesse público” ou de “bem comum”.

No que se refere ao processo decisório no plano da Política, pode-se afirmar que o processo de tomada de decisão no interior da burocracia estatal para a formulação de políticas públicas setoriais durante os períodos autoritários (o primeiro governo de Vargas e os governos da ditadura 1964-1985) era seletivo, discricionário e fechado.

Era seletivo, porque as decisões eram tomadas no interior de conselhos formados por tecnocratas que negociavam as políticas a serem adotadas e a negociação sempre se dava de forma discricionária e incluía os grupos de interesses com acesso aos canais de circulação de poder político, quais sejam, grupos representando interesses do capital privado (nacional e internacional) e grupos representando interesses de empresas estatais de outros órgãos governamentais, não se verificando a participação de outros setores da sociedade civil e, principalmente, formas legalmente institucionalizadas para que tal participação pudesse ocorrer.

Era discricionário, porque não havia critérios legalmente institucionalizados para balizarem o processo de negociação ou procedimentos a serem seguidos para se chegar a uma decisão. Nada obstante a existência de diretrizes nos Planos Nacionais de Desenvolvimento, o conteúdo das decisões tomadas no interior da burocracia estatal era justificado com base em expressões genéricas de atendimento ao “interesse nacional”, ao “interesse público” ou sob “*a não justificativa*” de que se tratava de “decisões administrativas discricionárias”.

Por fim, era fechado, porque não havia publicização do processo decisório ou do que era decidido. Por outras palavras, não havia prestação de informações e publicização dessas informações pela burocracia estatal à sociedade. As decisões eram tomadas entre “quatro paredes” e “a portas fechadas”, configurando o que pode ser chamado como “caixa-preta” do governo.

Por conseguinte, essas três características do processo decisório sobre a formulação de políticas públicas setoriais levam à conclusão de que era muito baixo o grau de *accountability* da atuação da burocracia estatal nesse período, pois não havia prestação de contas à sociedade civil, não havia prestação de contas ao Congresso e não havia possibilidade de controle do processo decisório pelo Judiciário, bem assim não havia a possibilidade de qualquer juízo de legitimidade quanto ao conteúdo das políticas setoriais formuladas.

Cumpram-se acentuar que essas características de atuação do Estado regulador no Brasil - ou Estado tecnoburocrático-capitalista dependente – não seriam próprias apenas dos períodos autoritários (o primeiro governo de Vargas e os governos da ditadura militar 1964-1985), mas também marcariam a atuação da burocracia estatal e o seu processo decisório durante e após Vargas até 1964, entre 1964 e 1985 e depois de 1985 até 1990.

No plano de uma análise formal dos processos decisórios juridicamente institucionalizados para a formulação do conteúdo da regulação e do desenho institucional dos órgãos reguladores, pode-se chegar às mesmas conclusões a que chegamos sobre as condições do processo decisório no plano da Política, ou seja, as condições jurídico-institucionais de *accountability* do processo decisório sobre o conteúdo de regulação eram precárias, sendo o processo decisório essencialmente centralizado e fechado, havendo privilégio de participação e controle por parte muito restrita da sociedade civil.

2.3.2. O Estado Regulador no Brasil após a Reforma da década de 1990.

Com a criação do Programa Nacional de Desestatização PND⁷, a partir de 1990, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse sentido, passa também a

⁷ Programa criado pela Lei 8.031/1990 e alterado pela Lei 9.491/1997 no primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

redimensionar sua atuação como agente regulador da atividade econômica, centrando-se, com o desmantelamento do aparato burocrático que marcou o modelo de Estado regulador até então existente, na criação de órgãos reguladores com autonomia decisória em relação à administração direta e mudanças nas técnicas administrativas de regulação.

Essas mudanças estão descritas no próprio Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PADRE) como passos e objetivos que a reforma do aparelho do Estado buscou. Confira-se:

A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.

Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.

Nesta nova perspectiva, busca-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infraestrutura (BRASIL, 1995, p. 13).

Ademais, com as privatizações, a regulação econômica baseada em técnicas administrativas de planificação da economia e de controle de preços é substituída pelas técnicas administrativas de correção de falhas de mercados, ampliando os mecanismos de defesa da concorrência e defesa do consumidor. Assim, planejamento econômico, como técnica administrativa de regulação da economia, é redefinido (MATTOS, 2017).

As razões teóricas e práticas para tais mudanças situam-se nos processos de privatização que dominaram o cenário europeu, a partir da década de 80, e na política de desregulamentação e re-regulamentação da economia adotada nos Estados Unidos, também no início da década de 80. Essas experiências norte-americana e europeia de mudanças na forma de regulação da economia constituíram respostas dos países desenvolvidos à crise do Estado, a partir do final da década de 70 e ao longo dos anos 80, e ao fenômeno da globalização economia, principalmente no decorrer da década de 90. As experiências norte-americana e europeia servirão de modelos no processo de reforma do Estado brasileiro (BRESSER-PEREIRA, 1998).

No que se refere principalmente aos aspectos regulatórios, a Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma do Estado/Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado afirma que o Projeto de reforma do Estado no Brasil visa “substituir o antigo estatismo pelo moderno Estado regulador. O aparato regulatório existente é enorme, obsoleto, burocratizante e, em essência intervencionista, sendo necessário primeiro desregular para, a seguir, regular por novos critérios e formatos mais democráticos, menos intervencionistas e burocratizados” (BRASIL, 1997, p. 26).

Nesse Projeto de reforma, a regulação era concebida dentro de uma perspectiva democrática, ressaltando necessidade de amplo acesso das partes interessadas ao ente regulador e plena transparência às suas decisões. Confira-se:

A regulação estatal, dentro de uma perspectiva moderna, deve responder a uma política explícita, coerente e integrada, com princípios e objetivos claros e seguir uma estratégia incremental que comece regulando o mínimo possível e componha o novo quadro regulatório à luz dos desenvolvimentos reais em cada mercado e setor de atividade. A regulação democrática é aquela que confere amplo acesso das partes interessadas ao ente regulador e plena transparência às suas decisões (BRASIL, 1997, p. 26-27).

Sob a perspectiva jurídica, o projeto de reforma do Estado vem sendo implementado desde a aprovação da Lei 8.031/1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. Em relação aos aspectos regulatórios, seguindo as diretrizes apontadas pelo Conselho do Estado, pode-se verificar, a partir de 1995, a aprovação de uma série de Emendas Constitucionais e a edição de leis federais

destinadas a reformular o aparato jurídico-institucional para implementar e garantir a flexibilização de monopólios, a concessão de serviços públicos à iniciativa privada e as privatizações. Confira-se:

| Principais Emendas Constitucionais e Leis Federais Editadas |
|--|
| EC 5, 6, 7 e 8 (todas de 15.08.1995), 9 (de 09.11.1995 e 19 (de 04.06.1998) ⁸ |
| Programa Nacional de Desestatização (Lei 8.031/1990, alterada pela Lei 9.491/1997) |
| Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) |
| Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/1994, alterada pela Lei 12.529/2011) |
| Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei 8.987/1995) |
| Lei de Processo Administrativo Federal (9.984/1999) |

A tabela abaixo mostra agências reguladoras federais que foram criadas nesse contexto.

| Diploma instituidor | Agência | Finalidades | Logo |
|----------------------------|---|---|---|
| Lei n. 9.427 de 26/12/1996 | Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL | Regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. |  |
| Lei n. 9.472 de 16/07/1997 | Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL | Regular e fiscalizar os serviços de telecomunicações do país. |  |
| Lei n. 9.478 de 26/12/1997 | Agência Nacional do Petróleo - ANP | Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis. |  |

⁸ A Emenda 5 estabelece o regime legal de prestação de serviços de gás natural pelos estados; a Emenda 6 estabelece o regime de pesquisa e extração de recursos minerais; a Emenda 7 estabelece o regime legal de transporte aéreo, aquático e terrestre; Emenda 8 estabelece o regime legal de serviços de telecomunicações e define a criação de um órgão regulador para o setor; a Emenda 9 elimina o monopólio legal de óleo e gás natural e define a criação de um órgão regulador para o setor; e a Emenda 19, dentre outras alterações, introduziu o princípio da eficiência na organização e ação da administração pública e estabelece que mecanismos de participação pública devem ser previstos no processo e em procedimentos administrativos.

| | | | |
|--|---|---|---|
| Lei n. 9.782 de 26/01/1999 | Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA | Proteger e promover a saúde, garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços. |  |
| Lei n. 9.961 de 28/01/2000 | Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS | Controlar, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantem a assistência suplementar à saúde. |  |
| Lei n. 9.984 de 17/07/2000 | Agência Nacional de Águas - ANA | Implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. |  |
| Lei n. 10.233 de 05/06/2001 | Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT | Implementar, regular e supervisionar a política voltada para os transportes terrestres. |  |
| Lei n. 10.233 de 05/06/2001 | Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ | Implementar, regular e supervisionar a política de transportes aquaviários. |  |
| Medida Provisória n. 2.228 de 06/09/2001 | Agência Nacional do Cinema - ANCINE | Fomentar, regular e fiscalizar as indústrias cinematográficas e videofonográfica. |  |
| Lei n. 11.182 de 27/09/2005 | Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC | Regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária |  |

Destaca-se que a primeira agência reguladora surgida no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em 1996, sendo que esta não tem previsão expressa na CR/88. Por outro lado, as primeiras agências brasileiras com previsão constitucional foram: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), regulamentada pela Lei n. 9.472/1997, e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), regulamentada pela Lei n. 9.478/1997. Em seguida, o legislador infraconstitucional criou as demais agências de acordo com a necessidade de regular setores em que a iniciativa privada estivesse explorando atividade

econômica de interesse público ou prestando serviço público. Ademais disso, órgãos já existentes, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho de Defesa Econômica (CADE), foram transformados em autarquias especiais dotadas de autonomia decisória, seguindo o mesmo modelo das *agências reguladoras independentes*.

No plano estadual, foram criados principalmente órgãos reguladores de fiscalização da prestação de serviços públicos concedidos à iniciativa privada, como por exemplo, no setor elétrico, em que há o exercício de função de fiscalização compartilhada com a ANEEL. Cabe observar que o modelo de órgãos regulador dotado de autonomia decisória em relação à administração direta serve de base para o desenho institucional dos órgãos reguladores estaduais, nada obstante não serem todos os órgãos estaduais que possuem autonomia decisória (PECI; CAVALCANTI, 2000).

Em face desse quadro normativo, a mudança na forma de atuação do Estado como agente regulador da atividade econômica constitui o principal fator de transformação jurídico-institucional introduzido pelo projeto de reforma do Estado no Brasil. E o elemento que marca e define tal mudança é a criação de *agências reguladoras independentes*, enquanto órgãos responsáveis pela regulação de setores da economia, sobretudo daqueles caracterizados como de infraestrutura e serviços públicos, com funções normativas orientadas, principalmente pelos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Analisando o quadro normativo desenhado pelo Governo Federal e aprovado pelo Congresso Nacional, no contexto da reforma do Estado, pode-se identificar, no novo *modelo de agência reguladora* introduzido no Brasil, quatro características centrais que devem ser compreendidas, a saber, a) decisão por meio de órgãos colegiados; b) autonomia decisória do órgão regulador; c) ampliação do poder normativo e jurisdicional da administração indireta; e d) criação de mecanismos de participação pública nos processos decisórios no interior das agências.

Essas características, de certa forma, refletem os princípios orientadores da reforma, previstos na Recomendação de 31.05.1996⁹ do Conselho de Reforma do Estado (CRE), criado pelo Dec. 1.738/1996:

Recomenda-se a observação dos seguintes princípios na elaboração dos anteprojetos de lei de criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos portados, em regime de concorrência, no âmbito da administração federal:

- a) autonomia e independência decisória do ente regulador;
- b) ampla publicidade das normas pertinentes ao ente regulador, de seus procedimentos e decisões e de seus relatórios de atividade, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei;
- c) celeridade processual e simplificação das relações mantidas entre o ente regulador e os consumidores, usuários e investidores;
- d) participação de usuários, consumidores e investidores no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas, na forma que vier a ser regulada em lei;
- e) limitação da intervenção do Estado, na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução (BRASIL, 1997, p. 27).

Dessa forma, quatro características do modelo de *agências reguladoras independentes*, concebido no contexto da reforma do Estado devem ser destacados, para o enfoque que se pretende dar à compreensão ao modelo no presente estudo:

(i) a preocupação em assegurar a independência decisória do órgão regulador, por meio de autonomia financeira da agência, decisões em regime colegiado com garantia de mandato fixo aos seus integrantes e impossibilidade de recurso administrativo hierárquico; (ii) a delegação de funções antes exercidas pela administração direta, por meio do Presidente da República e dos órgãos ministeriais, e pelas empresas estatais, à administração indireta; (iii) a preocupação com os mecanismos de controle das funções exercidas pelas agências reguladoras, especialmente por meio do princípio da publicidade das decisões da agência e da exigência de justificção fundamentada do conteúdo das normas editadas; e (iv) a preocupação com a institucionalização de mecanismos de participação pública de usuários, consumidores, e investidores na elaboração de normas específicas ou na solução de controvérsias relativas à prestação de serviços (BRASIL, 1997).

Essas características, tomadas em conjunto, levam a duas constatações: a) essas agências, assim concebidas, representam a construção de um novo lócus de

⁹ A Recomendação referida corresponde ao documento Construção do Marco Legal dos Entes Reguladores.

poder decisório, e, portanto, de definição e implementação de políticas públicas; b) a dinâmica decisória típica das agências reguladoras é distinta daquela que caracteriza a ação da administração direta do Poder Executivo, especialmente em razão da existência de mecanismos que permitem a institucionalização da participação do cidadão na definição do conteúdo da regulação.

O quadro a seguir procura descrever o que significou, do ponto de vista jurídico-institucional, a reforma regulatória da década de 90, e em que medida pode-se dizer que haveria um novo Estado regulador no Brasil, em comparação como modelo regulatório anterior à referida reforma.

QUADRO¹⁰

| ÓRGÃO FEDERAL | (I) DECISÃO POR MEIO DE ÓRGÃOS COLEGIADOS | (II) AUTONOMIA DECISÓRIA DO ÓRGÃO REGULADOR | (III) MECANISMOS INSTITUCIONALIZADOS DE ACCOUNTABILITY HORIZONTAL AO PODER LEGISLATIVO | (IV) MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NO PROCESSO DECISÓRIO SOBRE O CONTEÚDO DA REGULAÇÃO |
|--|---|--|---|--|
| Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei 9.427/1996) [www.aneel.gov.br] | SIM (além do conselho diretor, atuação descentralizada mediante convênios com agências estaduais) | SIM | NÃO (a não ser por via indireta ¹¹) | SIM |

¹⁰ Fonte: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2017, p. 145.

¹¹ Mediante atuação do Tribunal de Contas da União – TCU ou solicitação de prestação de contas pelo Congresso, sem, no entanto, obrigatoriedade de comparecimento no caso de representantes das agências reguladoras (cf. arts. 49, X, 50, 70, e 71 da CF).

| | | | | |
|--|---|-----|--|-----|
| Agência Nacional de Telecomunicação – Anatel (Lei 9.472/1997) [www.anatel.gov.br] | SIM (além de conselho diretor, conselho consultivo com representantes de organizações de classe e do Poder Legislativo) | SIM | PARCIAL (além da via indireta, a LGT prevê o envio de relatórios anuais da Anatel ao Congresso Nacional, por intermédio do Presidente da República) | SIM |
| Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478/1997) [www.anp.gov.br] | SIM | SIM | NÃO (a não ser por via indireta) | SIM |
| Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Lei 9.782/1999) [www.anvisa.gov.br] | SIM (além do conselho diretor, conselho consultivo, composto de representantes de instituições da administração pública, sociedade civil organizada e comunidade científica) | SIM | NÃO (a não ser por via indireta) | SIM |
| Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961/2000) [www.ans.gov.br] | SIM | SIM | NÃO (a não ser por via indireta) | SIM |
| Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984/2000) [www.ana.gov.br] | SIM | SIM | NÃO (a não ser por via indireta) | SIM |
| Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (Lei 10.233/2001) [www.antaq.gov.br] | SIM | SIM | NÃO (a não ser por via indireta) | SIM |
| Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei 10.233/2001) [www.antt.gov.br] | SIM | SIM | NÃO (a não ser por via indireta) | SIM |
| Agência Nacional do Cinema – Ancine (MedProv 2.228-1/2001) [WWW.ancine.gov.br] | SIM | SIM | NÃO (a não ser por via indireta) | SIM |

A análise do quadro acima permite afirmar que, do ponto de vista jurídico-formal, o processo decisório sobre o conteúdo de políticas públicas passou, no contexto das reformas da década de 90, a ser caracterizado pela: a) autonomia decisória; b) institucionalização de órgãos colegiados que deliberam sobre a formação do conteúdo normativo; c) ausência ou limitação dos mecanismos institucionalizados de *accountability horizontal* ao Poder Legislativo; d) institucionalização de canais de participação pública de setores da sociedade civil no processo decisório; e e) dissolução de mecanismos institucionalizados de organização dos interesses de grupos predeterminados no interior da burocracia estatal.

No tocante à ausência dos mecanismos institucionalizados de *accountability horizontal* ao Poder Legislativo, é importante observar que nada impede que uma agência reguladora crie, em seu regimento interno, por exemplo, regras de prestação de contas ao Poder Legislativo. Contudo, com exceção da Lei Geral de Telecomunicação (Lei 9. 472/1997), em nenhuma das outras leis setoriais, que institucionaliza o modelo de agências reguladoras independentes no Brasil, há previsão de prestação de contas obrigatória ao Parlamento, o que não impede, porém, que o próprio Congresso Nacional possa “convidar” representantes dos conselhos diretores das agências para prestar esclarecimentos sobre a sua gestão administrativa.

Em resumo, ao compararmos as condições jurídico-institucionais de controle do processo decisório sobre o conteúdo da regulação do Estado regulador no Brasil antes e depois das reformas da década de 90, podemos afirmar que – a partir de uma análise estática e formal do quadro legislativo acima exposto – as condições do processo decisório sobre o conteúdo da regulação tornaram a burocracia estatal brasileira mais porosa e mais aberta, portanto, mais passível de controle pelo público (atores afetados pelas normas produzidas pelas agências), ao contrário do processo decisório anterior, que era mais centralizado e fechado.

Com efeito, com a institucionalização de conselhos deliberativos no interior das agências reguladoras, há, no plano jurídico, exigência de fundamentação racional e pública das decisões de seus integrantes, o que proporciona maior

controle dos objetivos, motivos e fundamentos das políticas públicas definidas pela Administração, o que é especialmente importante tanto para o controle da ação regulatória do Estado exercido pelo Poder Judiciário quanto para o controle social exercido pela sociedade civil.

Ademais, a preocupação com a autonomia decisória dos órgãos reguladores fez com que as leis que os criaram estabelecessem, como garantia de independência, o mandato fixo dos membros dos órgãos colegiados de decisão, a autonomia financeira da agência e a impossibilidade de recurso administrativo hierárquico das decisões dos órgãos.

Cumprido observar que, tal qual o modelo anterior às reformas da década de 90, permanece a ausência de mecanismos institucionalizados de *ccountability horizontal* na relação agência-Poder Legislativo, o que parece apontar para a manutenção de condições jurídico-institucionais fracas de controle horizontal pelo Parlamento.

Por outro lado, a previsão de mecanismos jurídico-institucionalizados de participação pública – como *audiências públicas* e *consultas públicas* – cria a possibilidade de controle direto e público da atuação das agências pela “sociedade civil”, sendo dissolvidos os mecanismos institucionalizados de privilégios de participação e controle do conteúdo normativo por parte restrita da sociedade civil, que caracterizaram o modelo anterior às reformas dos anos 90.

Com a institucionalização desses mecanismos de participação pública no processo decisório interno a essas novas burocracias, as agências reguladoras podem representar um novo locus de participação direta e pública da sociedade civil nos processos decisórios sobre o conteúdo da regulação. Essa circunstância poderia indicar ganhos em termos de legitimidade decisória sobre o conteúdo da regulação, a partir de uma perspectiva de controle do processo decisório direto pelos atores afetados pelas normas produzidas pelas agências.

Contudo, a simples institucionalização de mecanismos de participação pública não permite concluir que no modelo atual, de fato, exista um maior potencial

democrático de participação ampliada da sociedade civil na ação regulatória do Estado ou que ele esteja sendo realizado. A adoção de tais mecanismos de participação pode ser interpretada como forma de simples agregação de preferências pela burocracia estatal, sem que esteja em questão a ampliação das condições de legitimidade democrática da ação regulatória do Estado.

Ante esse quadro, cabe então avaliar em que medida esse novo modelo tem, efetivamente, potenciais democráticos e em que medida haveria uma ampliação ou uma diminuição das condições de legitimidade democrática do processo decisório sobre o conteúdo da regulação pela burocracia estatal, o que constitui o objetivo do presente estudo.

3. TEORIAS DA DEMOCRACIA E TEORIAS DA REGULAÇÃO: A CONSTANTE TENSÃO ENTRE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E LEGITIMIDADE

3.1. Tensão entre eficiência econômica e legitimidade

A análise das experiências norte-americana, europeia e brasileira permite afirmar que o surgimento e o desenvolvimento do Estado regulador tem na sua base a tensão entre legitimidade democrática de processos decisórios para formulação de políticas públicas e eficiência econômica dos resultados (efeitos) da regulação sobre as esferas econômica e social.

Esse fenômeno decorre do fato de que a ação regulatória do Estado pode ser discutida segundo diferentes critérios no plano da Teoria Política e no plano da Economia Política.

No plano da Teoria Política, o problema da *legitimidade* torna-se um problema central inerente ao funcionamento do Estado e da regulação de mercados, e o Direito, conforme demonstraremos ao longo deste trabalho, passa a ter um papel essencial enquanto fundamento de um conjunto de instituições e procedimentos, mediante os quais interesses, preferências e opiniões formulados pelos grupos que se formam na sociedade civil e repercutidos na esfera pública podem ser internalizados no sistema político e jurídico (HABERMAS, 1997).

No plano da Economia Política, a preocupação central não se refere à *legitimidade* do processo decisório ou à *legitimidade* do conteúdo da regulação, mas sim à *eficiência* do resultado do conteúdo da regulação ou à eficiência do funcionamento das instituições.

A ação regulatória do Estado, pensada no âmbito da teoria política, tem por base a oposição clássica entre liberalismo e democracia, a qual, por sua vez, tem na sua base a oposição entre sociedade civil e Estado, sendo um dos temas mais intrincados do pensamento filosófico moderno.

Habermas, em sua obra *Democracia e Direito: entre facticidade e validade*, aborda essa questão da oposição entre Estado e sociedade e a coloca na base da discussão acerca dos modelos normativo de democracia, que serão estudados com maior profundidade na seção seguinte.

Em sua teoria do discurso e na busca pelo estabelecimento de um conceito de democracia procedimental, Habermas de certa forma reconstrói o conceito de “sociedade civil”, que seria um conjunto de organismos privados, a qual estaria integrada no que ele denomina de “esfera pública”, as quais seriam opostas ao sistema, o Estado, enquanto conjunto de instituições administrativas, e o mercado. A “sociedade civil” e a “esfera pública”, enquanto espaço informal e não institucionalizado, fariam parte do que Habermas denominou de “mundo da vida” (HABERMAS, 1997).

Partindo desses conceitos, ao retomarmos a oposição entre liberalismo e democracia para pensarmos a ação regulatória do Estado, o problema pode ser reformulado enquanto realização da liberdade individual e dos interesses individuais em contraposição à legitimidade da ação estatal voltada à realização do interesse público, ou do bem comum, ou, no modelo de democracia representativa, do interesse da maioria.

Assim, a tensão entre o exercício da liberdade individual e dos interesses individuais e a realização da democracia é essencialmente um problema de legitimidade da ação do Estado, é dizer, cabe questionar em que medida a ação do

Estado estará ou não sendo legitimada em nome do interesse da maioria ou do interesse público, considerando que existem déficits de representação de interesses.

Sob a perspectiva da Economia Política, a ação regulatória do Estado pode ser pensada buscando entender uma das vertentes do debate sobre a teoria de incentivos e grupos de interesse. A discussão sobre a atuação do Estado, partindo de um tipo de análise característico da teoria de incentivos, tem por base o individualismo metodológico, cujo pressuposto é o de que os agentes buscarão sempre maximizar o seu bem-estar individual, não sendo possível a maximização do bem-estar social ou do interesse público fora do Estado.

Um dos expoentes desse tipo de abordagem é economista francês Jean-Jacques Laffont, o qual, tendo por norte o debate formulado no plano da Ciência Política sobre organização de grupos de pressão e falhas da democracia representativa, parte da seguinte indagação: como a sociedade pode ser organizada no sentido de maximizar o *bem-estar econômico geral*, se o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, em certa medida, são operados, por delegação dos cidadãos no plano de democracia representativa, por agentes que têm interesses privados e que buscarão maximizar os seus interesses pessoais diante de ação de grupos de interesse que se formam para capturar tais agentes? (LAFFONT, 2001).

O trabalho de Laffont, que é um bom exemplo do tipo de abordagem feita para se pensar a ação regulatória do Estado, discutirá essencialmente em que medida o exercício do poder discricionário do Estado pode beneficiar um ou outro grupo de interesse na sociedade, considerando que (i) os agentes buscarão maximizar os seus interesses pessoais; (ii) numa democracia representativa de massa existem grupos de pressão com mais informações e outros com menos informações sobre preferências (assimetria de informações); e (iii) grupos de interesse competem ou cooperam (o que for mais eficiente em cada situação) para buscar benefícios junto aos agentes estatais (LAFFONT, 2001).

O modelo *principal-agente* de Laffont aplicado à política funciona com base nesses pressupostos. Assim, o processo político é entendido como um processo de luta entre grupos de interesse por recursos escassos e realização de preferências,

ou seja, o comportamento do indivíduo na política é entendido como sendo igual ao comportamento do indivíduo no mercado.

O estudo de grupos de pressão, para fins de análise da ação regulatória do Estado, levou George Stigler a afirmar, em 1971, no famoso artigo *A Theory of Economic Regulation*, que a regulação é “adquirida” pela indústria e desenhada e operada principalmente para o seu benefício (STIGLER, 1971).

Assim, é nessa perspectiva de análise da política, a partir de conceitos e modelos econômicos, que nasce a chamada “teoria da captura” no plano da ação regulatória do Estado. A “teoria da captura” ou dos “grupos de interesse” aplicada para a análise da ação regulatória do Estado, precisamente por assumir o modelo do individualismo metodológico e, portanto, a inexistência de políticos e burocratas benevolentes por princípio, procura demonstrar em que medida norma que consubstancia determinada política pública favorece as empresas reguladas e não os consumidores.

Nesse contexto, não haveria interesse público a ser perseguido pelo Estado. O Estado é um *mal* exatamente na medida em que gera distorções no funcionamento do livre-mercado. Nesse sentido, a ação regulatória do Estado é uma fonte de falhas de governo que precisam ser corrigidas¹².

O modelo de Stigler, para o qual a regulação já nasceria capturada, foi aperfeiçoado por outros teóricos integrantes do que ficou conhecido no ambiente acadêmico norte-americano como *Escola de Chicago* (Stigler, Peltzman, Becker e Posner) e *Escola da Virgínia* (Tallison, Tullock), os quais vão procurar pensar em que medida interesses podem ser arbitrados no interior da burocracia estatal, considerando o fato do surgimento, nos Estados Unidos (sobretudo), de fortes grupos de defesa de consumidores e, nessa perspectiva, a contribuição no plano da

¹² Sobre concepções de Estado, conferir: Norberto Bobbio. *Estado, Governo, Sociedade; para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra. 7 ed., 1999, p. 126-133.

Ciência Política virá na forma de debates sobre o desenho institucional de órgãos reguladores e procedimentos decisórios (MATTOS, 2017).

De acordo com Mattos (2017), desde os trabalhos iniciais dos economistas Antony Downs (1957) e Mancur Olson (1965), a Ciência Política passou a fazer uso do que ficou conhecido, sobretudo no debate anglo-americano, como *rational choice* para entender o sistema político e, no limite, torna-lo mais eficiente a partir de modelos de agregação de preferência próprios da economia.

A teoria da escolha racional (seria um pensamento neoclássico) parte da afirmação dos economistas neoclássicos de que apenas um mercado competitivo pode agregar eficientemente as escolhas e interesses daqueles que interagem nesse ambiente econômico, sendo o equilíbrio de *preços* formado numa economia de mercado um exemplo de agregação de preferências e interesses, considerado *Pareto ótimo*.

Nessa perspectiva, trazendo esse raciocínio para o plano da Ciência Política, a ação regulatória do Estado não seria, em princípio, uma forma eficiente de agregar preferências, uma vez que, no momento da formulação de políticas públicas, há, no contexto de um sistema político organizado sob a forma de uma democracia representativa de massa, assimetrias de informação e condições de atuação dos grupos de pressão que levam os políticos (não benevolentes) a buscarem rendas (*rent seeking*) para si próprios, conforme a relação *principal-agente*.

Assim, a partir da teoria da *rational choice*, fundada essencialmente no princípio econômico de equilíbrio ótimo de Pareto no mercado, cientistas políticos farão uso, especialmente das teorias dos jogos aplicadas à análise de comportamento na Política, para reconstruir, em dado ambiente político institucional, uma teoria racional que descreva como se darão as escolhas públicas (*public choice*).

Não se nega aqui as virtudes que esse instrumental analítico possa ter para se avaliar a eficiência do funcionamento das instituições ligadas à regulação

econômica e social. No entanto, considerando os objetivos do presente trabalho, não faz sentido utilizar tal instrumental, pois este é insuficiente para avaliar a legitimidade do processo decisório interno a órgãos reguladores, que é a principal preocupação do presente estudo.

E isto porque, esse modelo analítico, não discute em que medida mecanismos de participação pública no interior das burocracias estatais podem tornar o processo decisório mais legítimo, nada obstante eventualmente poder ser menos eficiente do ponto de vista de efeitos econômicos do conteúdo da regulação.

Destaque-se que a introdução de mecanismos de participação pública no interior das agências reguladoras independentes é perfeitamente compatível com um critério de eficiência adotado no plano das teorias sobre incentivos econômicos e comportamento racional. Porém, o grau de adoção de mecanismos de participação pública dependerá sempre das condições institucionais para a tomada de decisão em cada mercado regulado e do tipo de regulação que estiver em questão, ou seja, se *regulação econômica* ou *regulação social*.

O principal argumento para a introdução de mecanismos de participação pública no interior de órgãos reguladores reside no fato de que os mecanismos de controle mediante a participação pública de grupos de interesses afetados pela decisão a ser tomada (ou os mecanismos tradicionais de separação de poderes) reduzem a assimetria de informações inerente à delegação de poder discricionário ao político ou ao burocrata para tomar decisões em nome dos cidadãos. Nesse contexto, ao reduzir a assimetria de informações existentes e, assim, diminuir a possibilidade de o político ou de o burocrata agirem na defesa de interesses de um grupo de atores em detrimento do outro, o resultado da regulação seria, por princípio, mais eficiente (LAFFONT, 2001).

O problema que pode surgir, no entanto, nesse tipo de análise acontece quando eficiência é associada à legitimidade e está relacionado com a resposta que se dá à seguinte indagação: se conteúdo da política pública (resultado da decisão) é mais eficiente, podemos assumir que este também é legítimo? A Economia Política

procurou associar eficiência à legitimidade, ou seja, buscou associar eficiência de resultados (conteúdo de política pública) à forma pela qual a decisão é tomada.

Mattos, após acentuar que há grande divergência na literatura sobre o assunto, reformula o problema nos seguintes termos: “no caso de regulação que beneficie a coletividade e não apenas grupo específico de cidadãos, estaríamos diante de um resultado mais legítimo do ponto de vista democrático do que se o resultado beneficiasse apenas um grupo de determinado grupo de interesse em detrimento dos demais?” (MATTOS, 2017, p. 158-159).

Mattos responde a essa indagação da seguinte maneira:

Sim e não poderia ser a resposta. Sim, se o processo decisório adotado, mediante a institucionalização de mecanismos de freios e contrapesos, permitiu uma decisão que, do ponto de vista substantivo, trouxe efeitos positivos para a coletividade e não para um determinado grupo de interesse em detrimento de outro. Não, se o resultado, do ponto de vista substantivo, for mais eficiente em termos de distribuição de recursos necessários para o exercício de direitos, mas tiver sido atingido mediante processo decisório que não tenha permitido que os grupos de interesse existentes em dada sociedade sejam de alguma forma ouvidos, não havendo institucionalização de mecanismos de participação e controle, ou que não tenha beneficiado determinado grupo em detrimento de outros (MATTOS, 2017, p. 159).

Na primeira situação, a existência de mecanismos de controle institucionalizados, que diminuem a assimetria de informações, aproxima a noção de eficiência da noção de legitimidade. Na segunda situação, fica evidente porque eficiência e legitimidade não podem ter, formalmente, qualquer ponto em comum.

Laffont (2001), em sua obra *Incentives and Political Economy*, procura evidenciar em que medida James Madison, ao indicar nos *Federalist Papers* mecanismos de freios e contrapesos para o modelo constitucional norte-americano, instituiu sistema eficiente de controle de processo decisório que, na prática, reduziria assimetria de informações e a possibilidade dos representantes eleitos (políticos egoístas, segundo os pressupostos do individualismo metodológico) se apropriarem de recursos existentes em benefício próprio e de grupos de interesse que procurariam influenciar decisões.

Nesse sentido, o modelo de separação de poderes dos pais fundadores (*founding fathers*) da Constituição americana (e a adoção de outros mecanismos

que propiciem a participação de todos os grupos de interesse existentes) seria um exemplo de institucionalização de competição no interior do sistema decisório sobre políticas públicas (*yardstick competition*). Ter-se-ia, assim, a concorrência entre Legislativo, Executivo, e Judiciário, além da concorrência entre diversos órgãos administrativos no interior da burocracia estatal (por exemplo, uma agência exercendo competência concorrente com outra agência, etc.). Tal contexto permitiria um controle sistêmico do exercício da representação por políticos não benevolentes (por princípio), na medida em que se torna possível, pela concorrência, diminuir a assimetria de informações inerente à relação *principal-agente* (LAFFONT, 2001).

Contudo, conforme já ressaltado acima, esse tipo de abordagem está mais preocupado em obter decisões eficientes, não havendo qualquer preocupação com o debate sobre legitimidade democrática que está na base do modelo constitucional de separação de poderes adotado na Constituição americana, que serviu de inspiração ao modelo constitucional brasileiro.

Essa diferença de enfoque foi percebida por Bruce Ackerman em seu texto *Neo-Federalism?*, a propósito do debate constitucional norte-americano. Nesse artigo, Ackerman assume a tensão existente entre maximização de comportamentos egoístas e realização do interesse público ou do bem-comum (*common good*) e tal tensão teria estado presente no momento da redação dos *Federalist Papers*.

Na opinião de Ackerman (1988), Madison, Hamilton e demais Federalistas teriam plena consciência de que estavam criando um sistema de democracia representativa, com dois momentos de prática política muito distintos (democracia dualística). O primeiro momento seria o momento das eleições, no qual o povo escolheria os seus representantes políticos, no qual haveria participação direta e explicitação das preferências e interesses de cada cidadão (*we the people*). O Segundo seria o momento do que Ackerman chama de *política normal* (ou política do dia-a-dia), o momento da atuação dos representantes (*we the politicians*) do povo através da atividade política comum. Nessa perspectiva, assinala Ackerman (1988,

p. 173, tradução nossa): “a tarefa é criar uma estrutura de governo que, em tempos normais e extraordinários, nos permita aproveitar ao máximo a virtude que temos”¹³.

Os problemas que a democracia pode trazer para o funcionamento do sistema econômico ocorrem exatamente nesse segundo momento da prática política, se se adotar os enfoques de análise econômica da política. E isso porque, nesse segundo momento, não há mais participação política dos cidadãos na definição do conteúdo das políticas públicas. Os políticos eleitos e burocratas decidem pelos cidadãos eleitores. Assim, enquanto a maioria dos cidadãos depois das eleições vai cuidar de sua vida privada e não está mais preocupada como o dia-a-dia da política, outros cidadãos ou grupos de cidadãos atuam junto aos políticos eleitos e burocratas para satisfazer os seus interesses (ACKERMAN, 1988).

Ackerman, em sua reconstrução interpretativa dos *Federalistas*, entende que a Constituição americana é um conjunto de princípios que serve como parâmetro para o controle da captura dos políticos por interesses de grupos específicos no dia-a-dia da *política normal*. Portanto, o fundamento de legitimidade (não de eficiência) para cada política pública definida por políticos e burocratas é a Constituição e o mecanismo criado pelos *Federalistas* no sistema de *Checks and Balances* para garantir tal controle de legitimidade é o *judicial review*. Nas palavras de Ackerman:

Esse reconhecimento sóbrio leva O Federalista a um expediente institucional final. Com o perigo de que o governo normal seja capturado por partidários de interesses especiais limitados, Publius propõe consolidar as conquistas revolucionárias do povo americano por meio da instituição de revisão judicial. Quando representantes normais respondem a interesses especiais de maneira que zombam dos princípios fundamentais pelos quais os revolucionários lutaram e morreram, o dever do juiz é expô-los pelo que são: meramente "substitutos" para o próprio povo (ACKERMAN, 1988, p. 171, tradução nossa).¹⁴

¹³ “The task is to create a structure of government that, in both normal and a extraordinary times, will permit us to make most of what virtue we have” (ACKERMAN, 1988, p. 173):

¹⁴ “This sober recognition drives The Federalist to a final institutional expedient. Give the danger that normal government will be captured by partisans of narrow special interests, Publius proposes to consolidate the Revolutionary achievements of the American people through the institution of judicial review. When normal representatives respond to special interests in ways that jeopardize the

Nesse contexto, o Direito passa a ter um papel central nesse modelo de sistema político concebido pelos *Federalistas*. Contudo, a democracia, como a participação direta dos cidadãos exprimindo seus interesses e preferência, é limitada apenas ao momento eleitoral, garantindo-se apenas os meios judiciais de revisão das políticas públicas elaboradas por políticos eleitos e burocratas. Nesse sentido, o fundamento da legitimidade não está no processo decisório ou nas justificativas ou motivos apresentados para a tomada determinada decisão sobre política pública na *política normal*, mas sim na adequação do conteúdo da decisão à Carta Constitucional. Dessa forma, a deliberação democrática (no sentido constitucional) que confere legitimidade às políticas públicas definidas pelo Legislativo em lei ou pelo Executivo está, nessa interpretação de Ackerman, limitada ao Judiciário (ACKERMAN, 1988).

No entanto, essa interpretação de Ackerman diverge da interpretação que Cass Sunstein dá aos *Federalist Papers*. Fazendo uma crítica direta a Ackerman, Sunstein (1988) observa que o problema no argumento de Ackerman está em limitar o fundamento de legitimidade à Constituição. Isso porque, em primeiro lugar, não seria correto assumir o Judiciário como uma instituição isolada no que Ackerman chama de política normal. Ou seja, o Judiciário também pode ser influenciável por interesses particulares e, na medida em que o processo de interpretação de normas (especialmente de princípios constitucionais) é amplamente discricionário e o judiciário é insulado do processo de participação política, este é pouco controlado democraticamente (*accountable*) aos cidadãos.

Em segundo lugar, porque, tal como os teóricos que seguem os modelos de análise econômica da Política (políticos egoístas, segundo os pressupostos do individualismo metodológico), Ackerman assume, a partir da interpretação de os *Federalistas*, que o processo político é um processo de agregação de preferências

fundamental principles for which the Revolutionaries fought and died, the judge's duty is to expose them for what they are: merely "stand-ins" for the People themselves" (ACKERMAN, 1988, p. 171).

que são externas à política, ou seja, parte do princípio de que as preferências são formadas segundo variáveis exógenas ao processo decisório e que, portanto, não podem ser alteradas no curso do processo decisório, a não ser que as variáveis em jogo sejam também alteradas (SUNSTEIN, 1988).

Contudo, na Política, diferentemente do mercado, preferências podem ser alteradas e, assim, são tomadas como sendo endógenas, uma vez que podem se constituir ao longo do processo decisório sobre o conteúdo de determinada política pública, consoante veremos ao estudarmos o modelo procedimental de democracia proposto por Habermas.

De acordo com Sunstein (1988), o aspecto deliberativo que é inerente ao constitucionalismo moderno e à teoria da democracia de viés republicano não estaria limitado apenas ao Judiciário na verificação das leis e regulamentos editados pelos políticos e burocratas (não benevolentes) no dia a dia da política. Nessa perspectiva, o propósito da Política, procedimentalizada pelo Direito, não é apenas o de implementar preferências, mas, ao revés, o de selecionar preferências e interesses, consoante argumentos que apontam não apenas para a satisfação de interesses individuais, mas para a realização de interesses sociais (interesse público).

Nesse contexto, pode-se entender que, ao contrário do que defende Laffont e demais teóricos que estudam a análise econômica da Política, a partir de teorias de incentivos, a separação de poderes e os mecanismos de freios e contrapesos adotados pelo constitucionalismo moderno não servem apenas para corrigir assimetrias de informação, mas, assumindo o objetivo central de uma democracia constitucional, buscam assegurar a discussão pública do conteúdo das políticas públicas e a seleção coletiva de preferências políticas – que possuem lógica diferente das preferências de consumidores no mercado e podem ser passíveis de alteração no curso de um processo decisório - considerando a atuação de grupos de interesse (SUNSTEIN, 1991).

É certo que a assimetria de condições de poder de barganha (*dinheiro e poder*) constitui um problema relevante que afeta a organização de grupos de

pressão na sociedade civil. No entanto, essas condições não alteram a possibilidade de deliberação pública sobre preferências mediante procedimentos institucionalizados, sendo certo que condições de organização de grupos de pressão na sociedade civil e as condições de institucionalização e funcionamento de mecanismos de participação pública na burocracia estatal podem ser tratadas de formas separadas.

Esse debate foi bastante ampliado no constitucionalismo norte-americano, em face do fenômeno da formação do *Estado regulador* e do surgimento das agências reguladoras independentes. O *New Deal* e sua posterior alteração com *New Social Regulation* trouxeram novos elementos para a compreensão das condições de organização de grupos de pressão na sociedade civil e a relação entre os três poderes, além das condições de institucionalização e funcionamento de mecanismos de participação pública na burocracia estatal, como a institucionalização de audiências públicas e consultas públicas e a adoção de mecanismos de controle por parte do Poder Legislativo (MATTOS, 2017).

Durante todo o debate sobre a formação do Estado regulador nos Estados Unidos no contexto do *New Deal* e suas transformações, a tensão entre eficiência dos resultados da regulação e as condições de legitimidade de processos decisórios diante da atuação de grupos de pressão se faz presente. Essa tensão se reflete no debate sobre o modelo de separação de poderes a partir de concepções distintas do processo político e de legitimidade no plano da teoria constitucional (SUSTEIN, 1985).

Em face da complexidade inerente à ampliação das funções administrativas, a tendência no direito norte-americano foi a adaptação dos objetivos constitucionais madisoniano, sem a invalidação da regulação editada pelas agências reguladoras, sendo que essa mudança institucional se deu, sem a alteração da Constituição, mas apenas com criação de novos mecanismos de freios e contrapesos (por via legislativa ou jurisprudencial) para garantir que o modelo constitucional madisoniano de representação de interesses e deliberação público sobre fins coletivos fosse respeitado (SUSTEIN, 1985).

Nesse sentido, as garantias procedimentais de participação pública em processos decisórios sobre o conteúdo da regulação adquirem relevância no debate constitucional norte-americano sobre agências reguladoras, e isso, nada obstante Madison ter abandonado a crença republicana clássica na autorregulação por parte dos cidadãos, sem ter, contudo, abandonado a crença republicana fundamental na democracia deliberativa (SUSTEIN, 1990).

Dessa forma, com essa nova ressignificação da legitimidade no constitucionalismo moderno, resta evidente porque eficiência e legitimidade são elementos distintos na ação regulatória do Estado, porém se comunicam. E essa comunicação se revela na medida em que gerar resultados eficientes sobre a organização do sistema econômico pode ser um dos objetivos da ação regulatória do Estado.

Pode-se argumentar, inclusive, na linha do que defende Mattos (2017), que, adotando uma posição normativa a partir da Economia Política, gerar resultados eficientes é um dos objetivos da ação regulatória do Estado. Contudo, deve-se observar que uma decisão sobre o conteúdo da regulação que gera efeitos mais eficientes sobre o sistema econômico não necessariamente é legítima, a depender do modelo de democracia que se esteja adotando. Nesse sentido, a introdução de mecanismos de participação pública no interior das agências reguladoras independentes é perfeitamente compatível com um critério de eficiência no plano das teorias sobre incentivos econômicos e comportamento racional. Porém, o grau de adoção de mecanismos de participação pública dependerá sempre das condições institucionais para a tomada de decisão em cada mercado regulado e do tipo de regulação que estiver em questão.

Por conseguinte, o critério para se avaliar o desenho institucional de órgãos reguladores e a relação entre diversos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), tendo em conta os mecanismos de freios e contrapesos existentes, não pode ser constituído segundo o critério de eficiência, mas sim de legitimidade democrática e, para se atingir esse objetivo, faz-se necessário delimitar, desde logo, o conceito de democracia com o qual se está trabalhando, o que será feito, conforme indicado na introdução, seguindo a teoria do discurso de Habermas e seu conceito de

democracia procedimental, o qual pareceu-nos mais adequado para se pensar o potencial democrático das agências reguladoras no contexto do chamado Novo Estado regulador no Brasil, o que será feito no capítulo seguinte.

3.2. As teorias da democracia e as teorias da regulação

3.2.1. As teorias da democracia

No debate sobre o constitucionalismo moderno, sobretudo o norte-americano, as teorias constitucionais da democracia partem basicamente de duas concepções de política distintas. Trata-se da concepção *liberal* de democracia e da concepção *republicana* de democracia, na terminologia simplificadora consagrada no debate norte-americano.

Habermas, em seu ensaio “*Três Modelos Normativos de Democracia*” reportando-se aos trabalhos de Frank Michelman, Professor de Teoria do Estado da Universidade de Harvard, procurou reconstruir essas duas concepções de democracia, comparando-as, para ao final desenvolver a sua concepção procedimental de política deliberativa.

Segundo Habermas, a diferença decisiva entre essas duas concepções consiste no papel do processo democrático. Na concepção *liberal*,

[...] o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos (HABERMAS, 1995, p. 39).

Por outro lado, na concepção *republicana*,

[...] a política não se esgota nessa função de mediação. Ela é um elemento constitutivo do processo de formação da sociedade como um todo. A política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético (no sentido de Hegel). Ela constitui o meio em que os membros de comunidades solidárias, de caráter mais ou menos natural, se dão conta de sua dependência recíproca, e, com vontade e consciência, levam adiante essas relações de reconhecimento recíproco em que se encontram,

transformando-as em uma associação de portadores de direitos livres e iguais (HABERMAS, 1995, p. 39-40).

Com isso, segundo Habermas, a arquitetônica liberal do Estado e da sociedade sofre uma alteração importante: junto à instância de regulação hierárquica representada pela jurisdição do Estado (poder administrativo) e junto à instância de regulação descentralizada representada pelo mercado (interesse próprio individual) surge a *solidariedade* e a orientação pelo bem comum como uma terceira fonte de integração social. Nessa perspectiva, a formação horizontal da vontade política, voltada para o entendimento ou para um consenso alcançado argumentativamente, deve mesmo gozar de primazia, seja geneticamente, seja de um ponto de vista normativo. Assim, com vistas à autodeterminação cidadã, supõe-se uma *base de sociedade civil* autônoma, independente tanto da administração pública quanto do intercâmbio privado, que protegeria a comunicação política da absorção pelo aparato estatal ou da incorporação à estrutura do mercado. Nesse contexto, na concepção republicana, o espaço público e político e a sociedade civil como sua infraestrutura assumem um significado estratégico: eles possuem a função de garantir a força integradora e a autonomia da prática do entendimento entre os cidadãos (HABERMAS, 1995).

Como já indicado acima, o ponto central do desacordo entre a concepção *liberal* e a concepção *republicana* está na discussão sobre a natureza do processo político. Sob o ponto de vista da concepção *liberal*, a política é essencialmente uma luta por posições que assegurem a capacidade de dispor de poder administrativo. “O processo de formação da opinião e da vontade políticas na esfera pública e no parlamento”, acentua Habermas, “é determinado pela concorrência entre atores coletivos, que agem estrategicamente com o objetivo de conservar ou adquirir posições de poder” (HABERMAS, 1995, 42). Detalhando ainda mais como seria essa atuação *estratégica* dos atores coletivos na visão liberal, assevera Habermas:

Suas decisões de voto têm a mesma estrutura que as escolhas orientadas para o êxito dos participantes de um mercado. Esses votos permitem a busca de posições de poder, que os partidos políticos disputam entre si adotando uma atitude semelhante de orientação para o êxito. O *input* de votos e o *output* de poder respondem ao mesmo modelo de *ação estratégica*: “Diversamente da deliberação, a interação estratégica tem por fim a coordenação mais do que a cooperação. Em última análise, o que se exige das pessoas é que não levem em conta nada que não seja o

interesse próprio. Seu meio é a barganha, não o argumento. Seus instrumentos de persuasão não são reivindicações ou razões mas ofertas condicionais de serviços e abstenção. Seja formalmente incorporado num voto ou num contrato ou simplesmente efetivado de modo informal em condutas sociais, um resultado estratégico não representa um juízo coletivo da razão, mas uma soma vetorial num campo de forças” (HABERMAS, 1995, p. 43).

De outra parte, na visão republicana, a formação de opinião e da vontade políticas no espaço público e no parlamento não obedece às estruturas dos processos de mercado, porém tem suas estruturas específicas. A esse respeito, pontua Habermas:

São elas as estruturas de uma *comunicação pública orientada para o entendimento*. O paradigma da política no sentido de uma autodeterminação cidadã não é o do mercado e sim o do diálogo: “Uma concepção dialógica vê – ou talvez fosse o caso de dizer que idealiza – a política como uma atividade normativa. Ela concebe a política como uma contestação sobre questões de valores e não meramente questões de preferências. Ela entende a política como um processo de argumentação racional e não exclusivamente de vontade, de persuasão e não exclusivamente de poder, orientado para a consecução de um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou pelo menos aceitável, de ordenar aqueles aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas” (HABERMAS, 1995, p. 43).

Habermas reconhece que os discursos de autocompreensão (modelo republicano) – aqueles em que seus participantes tentam esclarecer acerca de como devem entender a si mesmos como membros de uma determinada nação, de um município ou de um Estado ou como habitantes de uma determinada região, acerca de que tradições devem ter continuidade, acerca de como devem tratar-se mutuamente, de como tratar as minorias e os grupos marginais, acerca do tipo de sociedade em que querem viver – também constituem uma parte importante da política. No entanto, pondera que, em situações de pluralismo cultural e social, por trás das metas politicamente relevantes muitas vezes escondem-se interesses e orientações valorativas que de forma alguma podem-se considerar como constitutivos de uma inteira forma de vida compartilhada intersubjetivamente. Esses interesses e orientações valorativas entram em conflito sem perspectiva de consenso e necessitam ser equilibrados por meio de compromissos (HABERMAS, 1995, p. 44).

Após comparar os dois modelos de democracia, Habermas apresenta o seu conceito de política deliberativa, mesclando elementos de ambos os modelos e integrando-os no conceito de um procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisões, que seria um terceiro modelo de democracia, tendo como pano de fundo sua teoria do discurso. Nesse sentido, acentua Habermas:

O conceito de política deliberativa somente exige uma referência empírica quando levamos em conta a *pluralidade* de formas de comunicação nas quais uma vontade comum pode se formar, não somente pela via de uma autocompreensão ética mas também mediante o equilíbrio de interesses e compromissos, mediante a escolha racional de meio com respeito a um fim, mediante justificações morais e exames de coerência e exames de coerência jurídicos. Assim, esses dois tipos de política que Mehelman contrapõe em termos típicos-ideais podem *entrelaçar-se* de forma racional. A política dialógica e a política instrumental podem entrelaçar-se no campo das deliberações, quando as correspondentes formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas. Portanto, tudo gira em torno das condições de comunicação e dos procedimentos que outorgam à formação institucionalizada da opinião e da vontade políticas sua força legitimadora (HABERMAS, 1995, p. 45).

Segundo Habermas (1995), se convertermos o modelo procedimental de política deliberativa no núcleo normativo de uma teoria da democracia produzem-se diferenças tanto com relação à concepção republicana do Estado, como uma comunidade ética, quanto com relação à concepção liberal do Estado, como protetor de uma sociedade centrada na economia.

Ao comparar os três modelos de democracia, tendo em conta a dimensão política, ou seja, o processo de formação democrática da opinião e da vontade comum, que se traduz em eleições gerais e em decisões parlamentares, Habermas destaca que, na concepção liberal, esse processo se dá exclusivamente na forma de compromissos de interesses, e as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo sufrágio universal, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc, são fundamentadas, em última análise, nos direitos fundamentais liberais; ao passo que, na concepção republicana, a formação da vontade comum realiza-se na forma de uma autocompreensão ética, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercido pelas vias culturais, sendo que essa pré-compreensão socialmente

integradora pode renovar-se na rememoração ritual do ato de fundação da república (HABERMAS, 1997).

Já modelo procedimental de democracia, segundo Habermas, assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão. Esse procedimento democrático estabelece uma conexão interna entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e discursos relativos a questões de justiça e fundamenta a suposição de que sob tais condições obtêm-se resultados racionais e equitativos. De acordo com essa concepção, a razão prática se afastaria dos direitos universais do homem (liberalismo) ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade (comunitarismo) para se situar naquelas normas de discurso e de formas de argumentação que retiram seu conteúdo normativo do fundamento de validade da ação orientada pelo entendimento, e, em última análise, portanto, da própria estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa (HABERMAS, 1997).

Com esse modo de descrever o processo democrático, consoante Habermas, estabelecem-se os marcos de uma concepção normativa do *Estado* e da *sociedade*. Essa relação entre Estado e sociedade é visa de forma distinta, a depender da concepção de democracia que se adote.

Na concepção republicana, segundo Habermas,

[...] a formação política da opinião e da vontade das pessoas privadas constitui o *medium* através do qual a sociedade se constitui como um todo estruturado politicamente. A sociedade é por si mesma sociedade política – *societas civilis*; pois, na prática de autodeterminação política dos sujeitos privados, a comunidade como que toma consciência de si mesma, produzindo efeitos sobre si mesma, através da vontade coletiva dos sujeitos privados. Isso faz com que a democracia seja sinônimo de auto-organização política da sociedade. Disso resulta uma *compreensão de política dirigida* polemicamente *contra o aparelho do Estado* (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 20).

Por outro lado, na visão liberal, essa separação polêmica entre aparelho do Estado e sociedade não pode ser eliminada, mas no máximo transposta pelo processo democrático. Nessa perspectiva, assinala Habermas:

O equilíbrio regulado do poder e dos interesses necessita evidentemente de uma canalização através do Estado de direito. A formação democrática da vontade de cidadãos auto-interessados, dominada por expectativas normativas relativamente fracas, constitui apenas um elemento no interior de uma constituição destinada a disciplinar o poder do Estado através de medida normativas (tais como direitos fundamentais, divisão dos poderes, vinculação à lei, etc), e a mover, através da concorrência entre os partidos, o governo e a oposição a respeitar adequadamente os interesses sociais e os valores. Essa *compreensão da política centrada no Estado*, pode prescindir da ideia aparentemente pouco realista de uma cidadania eficaz em termos de coletividade. Ela não se orienta pelo *input* de uma formação política racional da vontade, e sim pelo *output* de uma avaliação bem-sucedida das realizações da atividade do Estado. A argumentação liberal caminha numa direção oposta à do potencial estorvador de um poder do Estado que coloca obstáculo ao intercâmbio social espontâneo das pessoas privadas. O nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privada em condições de produzir (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 20-21).

Por sua vez, a teoria do discurso, que atribui ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de ambos e os articula de uma forma nova e distinta. Coincidindo com o modelo republicano, ela coloca no centro o processo político da formação da opinião e da vontade, sem, porém, entender a constituição do Estado de direito como algo secundário. Ao contrário, a teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como uma resposta consequente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democráticos. Nas palavras de Habermas:

Na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam de modo informal. A procedimentalização da soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada (HABERMAS, 1997, v. 2, p.21).

Segundo Habermas (1997), a teoria do discurso já não opera com o conceito de um todo social centrado no Estado, que pudéssemos representar como um sujeito em grande escala com ação voltada para metas e tampouco localiza esse todo em um sistema de normas constitucionais que regulem o equilíbrio de poder e o compromisso de interesses de modo inconsciente e mais ou menos automático, conforme o modelo da troca mercantil.

A teoria do discurso também dispensa inteiramente as figuras de pensamento da *filosofia da consciência*, que recomendam que atribuamos, de um lado, a prática de autodeterminação dos sujeitos privados a um sujeito da sociedade tomada com um todo, e, de outro lado, que imputemos a dominação anônima das leis a sujeitos particulares que concorrem entre si. No primeiro caso, a cidadania é considerada como um ator coletivo, que reflete o todo e age por ele; no segundo caso, os atores privados agem como variáveis independentes em processos de poder que se desenvolvem de forma cega, porque para além dos atos de escolha individual não podem existir decisões coletivas tomadas de forma consciente, exceto em um sentido metafórico (HABERMAS, 1997).

De acordo com Habermas, a teoria do discurso, diferentemente das outras concepções, conta com a *intersubjetividade de ordem superior* de processos de entendimento, os quais se realizam na forma institucionalizada das deliberações, nas instituições parlamentares ou na rede comunicacional de esfera públicas políticas. Essas comunicações desprovidas de sujeito, e que acontecem dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações, constituem âmbitos nos quais pode dar-se uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para a sociedade como um todo e acerca de matérias que precisam de regulação. Nessa perspectiva, “A geração informal da opinião desemboca em decisões eleitorais institucionalizadas e em decisões legislativas por meio das quais o poder gerado comunicativamente se transforma em poder passível de ser empregado em termos administrativos” (HABERMAS, 1995, p. 48).

Habermas (1997, v. 2, p. 22) acentua que a teoria do discurso, tal qual o modelo liberal, respeita as fronteiras entre “Estado” e “sociedade”; todavia, destaca que “*aqui, a sociedade civil, tomada como base social de esferas públicas autônomas, distingue-se tanto do sistema econômico, como da administração pública*”. Dessa compreensão da democracia segue-se normativamente a exigência de um deslocamento do centro de gravidade nas relações entre os recursos representados pelo dinheiro, pelo poder administrativo e pela solidariedade, a partir dos quais as sociedades modernas se utilizam para satisfazer sua necessidade de integração e regulação.

Segundo Habermas (1995, p. 48), as implicações normativas da teoria do discurso são evidentes: a força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas das fontes do agir comunicativo, deve poder desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade políticas, “institucionalizadas em termos de Estado de Direito; e, com base no meio do Direito, deve ser capaz de afirmar-se também contra os outros dois poderes – o dinheiro e o poder administrativo”.

3.2.2. As teorias da regulação

Após a descrição desses três modelos normativos de democracia vistas na seção anterior, não fica difícil perceber que a concepção liberal de política, centrada no Estado e nos interesses privados, é a base de argumentação para o debate sobre as teorias da regulação tal qual foi formulado nos Estados Unidos, após o *New Deal*, quando as agências reguladoras independentes tiveram que ser legitimadas constitucionalmente em face da teoria da separação de poderes.

O vínculo entre as *teorias da regulação* e o modelo de *agências reguladoras independentes*, e o debate sobre teorias constitucionais da democracia torna-se evidente na medida em que, enquanto corpo burocrático estatal com funções normativas, executivas e jurisdicionais, as *agências reguladoras independentes* necessitam ser legitimadas constitucionalmente face à teoria da separação dos poderes.

Com efeito, essa exigência de legitimação frente à teoria da separação dos poderes se impõe na medida em que as agências reguladoras são autorizadas pelo Parlamento a (1) editar normas, exercendo funções quase legislativas; (2) decidir conflitos, assumindo assim uma função quase que jurisdicional, ao aplicar interpretar e aplicar normas; e (3) executar leis, exercendo assim uma função quase que executiva de formulação de políticas públicas.

No caso do exercício de funções executivas, as agências reguladoras têm, sob o ponto de vista legal, garantia de independência decisória e podem, ao

estabelecerem política públicas, contrariar interesses políticos do presidente eleito democraticamente, isso tal como previsto no modelo inicial de agências reguladoras concebido pelo *New Deal*. Nesse contexto, muitas decisões das agências reguladoras envolvem escolhas políticas traduzidas em normas editadas (“*political choices that ‘make law’*”), que necessitam ser legitimadas (MATTOS, 2017)¹⁵.

A partir do momento que assumimos uma concepção *liberal* de política, essa exigência de legitimação da atuação das agências reguladoras independentes torna-se cada vez mais forte, na medida em que o processo político democrático está centrado no processo eleitoral (especialmente nas eleições) como o momento da formação política da vontade dos cidadãos e imposição dos seus interesses junto à burocracia estatal centralizada na figura do presidente eleito.

Partindo-se da concepção *liberal* de política, dois conjuntos de teorias da regulação econômica podem ser identificados dentro do debate norte-americano, a saber, a teoria do interesse público (*normative positive theories*) e as teorias da captura e da escolha pública (*capture theories e public theories*), sendo que as teorias da captura e da escolha pública se inserem no contexto mais amplo do debate teórico sobre *rational choice*.

As teorias do interesse público, inspiradas principalmente na escola de direito administrativo e constitucional da primeira metade do século XX, estabelecem um princípio normativo norteador da atividade da burocracia do Estado, segundo o qual a atuação do Estado deve garantir fins coletivos ou, em outros termos, realizar o interesse público. De acordo com essa concepção, a regulação econômica realizada através das *agências reguladoras* é justificada na medida em que tais agências são órgãos administrativos compostos por um corpo de tecnocratas especializados que têm a função de regular mercados, buscando corrigir as suas falhas em nome do interesse público. Sob esse ponto vista, a ideia de

¹⁵ Segundo Mattos, novos mecanismos de freios e contrapesos foram introduzidos como reação ao excesso de autonomia decisória das agências do modelo concebido inicialmente no *New Deal*, como o surgimento do Office Of Management and Budget (OMB).

independência decisória está centrada na concepção de que a regulação de mercados deveria ser realizada por *experts* e de forma apolítica (MATTOS, 2017).

Para essa concepção, o momento da Política está centrado no processo eleitoral, e as escolhas políticas são feitas pelo Parlamento eleito e pelo Presidente eleito. A política pública é formulada pelo Parlamento eleito, enquanto órgão colegiado que vota leis, democraticamente legitimadas pelo processo eleitoral. E o Presidente eleito executa tais leis, com certo grau de discricionariedade para fazer escolhas sobre políticas, também democraticamente legitimadas pelo processo eleitoral. Dessa forma, os agentes públicos que compõe as agências reguladoras apenas formulariam normas técnicas e decidiriam consoante juízos técnicos, balizados pela lógica econômica de correção de falhas de mercado, a qual seria a principal justificativa para a regulação da Economia, legitimada pelo princípio normativo de que essa intervenção visa atingir o interesse público.

Na perspectiva da teoria o interesse público, o controle da atuação das *agências reguladoras* é realizado principalmente pelo Poder Judiciário, que tem a missão de aplicar o referido princípio normativo, revendo as normas editadas e as decisões tomadas pelas agências, ou seja, o Judiciário exerce o controle do conteúdo da regulação econômica, segundo juízos de valor arbitrados pelo princípio regulador da realização do interesse público, sendo que nessa função o juiz também se porta como um técnico apolítico (supostamente insulado da política). Como sintetiza Mattos (2017, p. 169), “Trata-se de um controle dos fins previsto em lei, considerando o conteúdo da norma a ser editada pelo órgão julgador, dos meios previstos para atingir tais fins, além do controle no que se refere à adequação formal dos procedimentos adotados para edição da norma”.

Também partindo de uma concepção *liberal* de política, os economistas de Chicago e da Escola de Virgínia, inspirados especialmente pelos trabalhos de Anthony Downs (*An economic Theory of Democracy*) e Macur Olson (*The Logic of Collective Action*), formularam, no final dos anos sessenta e ao longo dos anos setenta, no contexto das *teorias da regulação* econômica, o que ficou conhecido como *teorias da captura* (*capture theories*) ou *teorias da escolha pública* (*public choice*).

Essas teorias possuem várias vertentes, provocando debates tanto na Ciência Política quanto no Direito, não se limitando a teorias da regulação. Para fins do presente estudo, interessa-nos a análise apenas da *teoria da captura*, tal como formulada pelos teóricos da Escola de Chicago, sob o enfoque de uma teoria da regulação econômica.

O principal trabalho da Escola de Chicago que marca o debate norte-americano sobre regulação econômica por meio de *agências reguladoras independentes* é o “*The Theory of Economic Regulation*” de George Stigler, de 1971. Nesse texto, Stigler baseia-se em dois outros textos de teóricos da Escola de Chicago, que serão fundamentais para o seu argumento, a saber, “*Competition And Democracy*”, de Gary Becker, e “*Why Regulate Utilities?*”, de Harold Demsetz. Em seu trabalho, Demsetz constrói o argumento contrário à justificativa, no plano da teoria econômica, de que a regulação de mercados é necessária para a correção de falhas de mercado. Demsetz (1968) acredita que a competição no livre mercado disciplina de forma mais eficiente a Economia do que a regulação estatal.

O argumento Demsetz parte da proposição de Becker (1958, p. 105-109), segunda a qual “se as falhas de governo forem maiores do que as falhas de mercado é melhor não regular”. Becker acredita que o processo político pode contaminar as decisões internas às agências reguladoras, na medida em que grupos de interesse – congressistas e *lobbies* coordenados pelos grandes grupos econômicos que financiam campanhas eleitorais – pressionam a burocracia estatal para obter vantagens competitivas no *mercado econômico* (grupos econômicos) e no *mercado político* (congressistas).

Partindo então dessa proposição de Backer, Stigler (1971) formula a teoria segundo a qual o conteúdo da regulação estabelecida pelas *agências reguladoras independentes* é fruto de um processo de oferta e demanda por regulação. Nesse sentido, uma vez que existem agências reguladoras e que a política não pode ser afastada da burocracia estatal, ainda que esta seja integrada apenas por tecnocratas com garantias de independência decisória, os agentes econômicos buscarão realizar seus interesses privados, maximizando o seu bem-estar econômico, mediante a obtenção de vantagens competitivas.

Sintetizando o pensamento de Stigler, Mattos acentua:

Assim, para Stigler, o conteúdo da regulação econômica nasce capturado pelos grupos de interesse que venceram a disputa na barganha por regulação ao longo do processo decisório interno às agências. Nessa perspectiva, as *agências reguladoras independentes* não seriam, portanto, por princípio, independentes. E os conselheiros que compõem as agências não seriam tecnocratas apolíticos. Seriam, pelo contrário, membros de uma burocracia estatal inserida no jogo de relações políticas entre Congresso e Presidência da República e, em último grau, suscetíveis ao processo eleitoral que – em função dos mecanismos de financiamento das campanhas eleitorais – é fortemente influenciado pelos grupos econômicos que atuam no mercado (MATTOS, 2017, p. 171).

A importância do texto de Stigler está no questionamento que sua teoria faz ao pressuposto normativo das teorias do interesse público de que as agências reguladoras regulam, por princípio, objetivando atingir o interesse público. Na visão de Stigler, as agências regulam segundo interesses privados, sob a justificativa formal de que o conteúdo da regulação adotada atende aos fins coletivos. Assim, de acordo com a teoria de Stigler, não há que se falar em interesse público como finalidade da regulação econômica.

Como já assinalado anteriormente, os teóricos da Escola de Chicago partem de uma concepção liberal de política, na qual os agentes privados atuam segundo a lógica de maximização de seus interesses e segundo a qual o processo político contamina a eficiência das práticas de mercado. Assim, o processo político da formação da opinião e da vontade dos cidadãos, “tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos”, conforme assinala Habermas (1995, p. 39).

Ao analisar os pressupostos teóricos da *teoria da captura*, Mattos conclui:

[...] os teóricos de Chicago, partindo de uma concepção liberal de política, não concebem a existência de uma esfera pública na qual, por exemplo, o processo decisório das *agências reguladoras* implica a participação de agentes politizados que argumentam racionalmente também segundo uma lógica de interesses coletivos – e não apenas egoisticamente de forma auto-interessada – e no qual os conselheiros que compõem a agência são forçados a decidir fazendo juízos de valor segundo princípios normativos e não apenas segundo juízos técnicos apolíticos (MATTOS, 2017, p. 172).

Essa postura em relação ao processo decisório das agências reguladoras decorre do fato de os teóricos da Escola de Chicago não aceitarem que preferências podem ser alteradas mediante deliberação pautada por racionalidade que não seja apenas a instrumental (com vistas a fins), mas, conforme o modelo proposto por Habermas, com vistas ao entendimento (racionalidade comunicativa) (HABERMAS, 2002).

Conforme vimos na reconstrução feita por Habermas sobre as concepções de política, na concepção *republicana*

A política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético (no sentido de Hegel). Ela constitui o meio em que os membros de comunidades solidárias, de caráter mais ou menos natural, se dão conta de sua dependência recíproca, e, com vontade e consciência, levam adiante essas relações de reconhecimento recíproco em que se encontram, transformando-as em uma associação de portadores de direitos livres e iguais (HABERMAS, 1995, p. 39-40).

Segundo Habermas, na concepção *republicana*, a relação entre o cidadão e o Estado sofre uma mudança significativa em relação à concepção *liberal*: “o status de cidadão não é definido pelo critério das liberdades negativas das quais só se pode fazer uso como pessoa privada. Os direitos de cidadania, entre os quais se sobressaem os direitos de participação e de comunicação política, são melhor entendidos como liberdades positivas” (HABERMAS, 1995, p. 41). Por outras palavras, na concepção republicana,

A justificativa da existência do Estado não se encontra primariamente na proteção de direitos subjetivos privados iguais, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos. Dessa forma espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados (HABERMAS, 1995, p. 41).

Ao comparar o modelo liberal de política e o modelo republicano, Habermas vê vantagens e desvantagens no modelo republicano. A vantagem estaria relacionada ao fato de que ele se atém ao sentido democrata radical de uma auto-organização da sociedade por cidadãos unidos comunicativamente, e em não fazer com que fins coletivos sejam derivados somente de um arranjo entre interesses privados conflitantes. A desvantagem estaria no idealismo excessivo que há em tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos orientados para

o bem comum. Sobre esse aspecto, obtempera Habermas (1995, p. 44): “Mas a política não se constitui somente, e nem mesmo primariamente, de questões relativas à autocompreensão ética dos grupos sociais. O erro consiste em um estreitamento ético dos discursos políticos”.

Esse debate sobre as formas de se conceber o processo político tem grande importância na concepção do papel do direito na relação entre Estado e mercado, sendo que essa relação, discutida no plano das teorias da regulação, a partir de uma concepção *liberal* de política ou de uma concepção *republicana* de política, tem na sua base, em última análise, a tensão entre eficiência e legitimidade.

Consoante vimos na seção anterior, Habermas propõe, como alternativa às concepções *liberal* e *republicana*, uma terceira concepção de política: o conceito de política deliberativa. Para Habermas (1995), o conceito de política deliberativa leva em conta um dado empírico que é a existência de uma *pluralidade* de formas de comunicação nas quais uma vontade comum pode se formar, não apenas pela via de uma autocompreensão ética, mas também por meio do equilíbrio de interesses e compromissos, através da escolha racional de meio com respeito a um fim, mediante justificações morais e exames de coerência jurídicos.

Assim, no modelo de democracia procedimental de Habermas, a política dialógica (*republicana*) e a política instrumental (*liberal*) podem entrelaçar-se no campo das deliberações, desde que as correspondentes formas de comunicação estejam suficientemente institucionalizadas. Logo, o ponto central do modelo procedimental gira em torno das condições de comunicações e dos procedimentos que outorgam à formação institucionalizada da opinião e da vontade políticas sua força legitimadora.

Assim, o principal passo dado por Habermas nesse debate foi introduzir a *racionalidade comunicativa* (com vistas ao entendimento) como fator que coexiste com a *racionalidade instrumental* (com vistas a fins). Com isso, preferências podem ser alteradas mediante deliberação e o conteúdo da regulação não é resultado necessariamente de um processo de disputa no jogo de barganha para influenciar a decisão sobre políticas públicas.

E, na visão de Habermas, o Direito passa a ser o sistema privilegiado que possui a função dupla de legitimação de processos decisórios. Por um lado, o Direito institui e garante, no interior do sistema jurídico, procedimentos decisórios de formulação de políticas públicas. Por outro, o Direito representa, na esfera pública (portanto, fora do sistema), meio para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas para o interior do sistema administrativo (político), possibilitando (novamente por meio de procedimentos) a mediação de interesses. Nas palavras resumidas de Habermas (1997, v. 1, p. 222): “de um lado, o Estado de direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas (2); de outro lado, ele regula a transformação do poder comunicativo em administrativo (3)”.

O texto “*Três Modelos Normativos de Democracia*” de Habermas, no qual ele apresentou seu modelo procedimental de democracia, foi a base para o estudo que Habermas realizou no livro “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*”, sobretudo no se refere à relação recíproca entre Direito e Política.

Nesse contexto, para Habermas, a grande importância que o Direito passa a ter, na perspectiva do modelo procedimental de democracia, está na compreensão do Direito como o meio pelo qual o poder comunicativo pode transformar-se em poder administrativo. O Estado de direito deve precisamente regular essa produção do poder comunicativo que se transforma em poder administrativo, mantendo este última longe das influências do poder social, portanto, da implantação fática de interesses privilegiados. Nas palavras de Habermas:

Por isso, sugiro que se considere o direito como o *médium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. Pois a transformação do poder comunicativo em administrativo tem sentido de *procuração* no quadro de permissões legais. A ideia do Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 190).

Portanto, para Habermas, o ponto central é saber quais as condições de participação pública dos grupos de interesse que se formam na sociedade civil e que, a partir de estruturas comunicacionais da esfera públicas, exercem pressão sobre o sistema administrativo (burocracia estatal).

Nesse sentido, se temos uma esfera pública pouco ativa ou a participação privilegiada de determinados grupos em detrimento de outros, os problemas de legitimação das decisões do sistema político logo aparecem. As condições efetivas de participação pública são, nessa perspectiva, um bom critério para avaliar o potencial democrático dos mecanismos de participação por meio de normas. Sobre esses problemas de legitimação, Habermas assevera:

O fluxo do poder regulado pelo Estado de direito é anulado quando o sistema administrativo se torna independente em relação ao poder produzido comunicativamente, quando o poder social de sistemas de funções de grandes organizações, inclusive dos meios de comunicação de massa, se transforma em poder ilegítimo ou quando as fontes do mundo da vida, que alimenta comunicações públicas espontâneas, não são suficientes para garantir uma articulação livre de interesses sociais. A emancipação do poder ilegítimo e a franqueza da sociedade civil e da esfera pública política podem configurar um "dilema legitimatório", o qual pode combinar-se eventualmente com o trilema da regulação, formando um grande círculo vicioso. A partir daí, o sistema político é absorvido por déficits de legitimidade e de regulação que se reforçam mutuamente (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 120-121).

É importante assinalar, nessa linha, que Habermas está ciente do debate sobre teorias da escolha racional (abordado acima) e assume que existem grupos de pressão com mais condições de influenciar do que outros, por meio de comportamento estratégico, os resultados de decisões sobre o conteúdo de políticas públicas. Por outras palavras, pode-se dizer que Habermas assume o debate sobre grupos de pressão e como processos de barganha por influência política funcionam a partir de uma perspectiva de teorias da escolha racional (*rational choice*). Contudo, na visão de Habermas, o problema da legitimidade do conteúdo de normas que dão suporte a políticas públicas no interior do sistema permanece e não pode ser solucionado sem uma clara compreensão das formas de circulação de poder político na esfera pública e no interior do sistema político.

Habermas tem consciência dos problemas e das limitações práticas de mecanismos de deliberação política. Todavia, na medida em que o problema da legitimidade não é solucionado no plano das teorias da escolha racional (o problema é escamoteado pela teoria), Habermas procura investigar como a circulação de poder político constitucionalmente regulada funciona e em que medida é possível desenvolver um modelo de democracia deliberativa que explique como o poder

comunicativo - emanado da sociedade civil e formado na esfera pública – poder ser convertido em poder administrativo, dando conta do problema da legitimidade democrática do conteúdo da regulação (HABERMAS, 1997).

Nesse contexto, Habermas propõe, a partir da pesquisa de Jonh Elster, que destaca a relevância empírica do conceito procedimental da política deliberativa, que se proceda a uma mudança de perspectivas: deve-se passar de uma perspectiva analítica de teoria da escolha racional (*rational choice*) – que pressupõe que preferências não podem ser alteradas – para uma perspectiva analítica da teoria do discurso - que entende que as preferências dos participantes podem modificar-se racionalmente durante a formação política da vontade, podendo surgir novas opções (HABERMAS, 1997).

A teoria da escolha racional defende a ideia segundo a qual todo comportamento social é concebido como agir estratégico, podendo ser explicado como resultado de um cálculo egocêntrico de possíveis vantagens. Na síntese de Habermas (1997, v. 2, p. 68), “O acordo racional passa a significar o mesmo que ‘bargaining’ – a barganha ou negociação de compromissos”.

Contudo, no entender de Habermas, o processo político envolve muito mais do que compromissos baseados em ameaças por parte dos agentes que competem estrategicamente por influência na arena política e, nesse sentido, a posição de Elster sobre funcionamento do processo político parece ser útil para Habermas no seu propósito de passar da teoria da escolha racional para a teoria do discurso. Referindo-se à teoria da escolha racional quando aplicada aos processos políticos, Habermas pondera:

Em primeiro lugar, não são realistas neste contexto as ideias segundo as quais possibilidades de escolhas e preferências são tratadas como algo dado; ambas transformam-se no próprio processo político. As preferências que se obtêm através de entrevista individual não refletem de modo confiável as reais preferências dos entrevistados, quando levamos em conta as preferências que *poderiam manifestar-se* após a avaliação de informações e de argumentos. A mudança política de valores e enfoques não é um processo de adaptação cega, porém o resultado de uma formação construtiva da opinião. Elster caracteriza isso como formação “autônoma” de preferências: “a autonomia é para os desejos o que o juízo é para as crenças” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 66).

Segundo Habermas, as limitações sociológicas e explicativas da teoria da escolha racional levaram Elster a introduzir a “argumentação” como mecanismo de solução de problemas de ação coletiva, para além do mecanismo de “barganha” (“negociações”), baseada em preferências já constituídas e exógenas. Consoante acentua Elster (1991), citado por Habermas (1997, v. 2, p. 68-69), “Argumentação racional, de um lado, ameaça e promessas, de outro, são os veículos principais através dos quais as partes procuram realizar um acordo. A primeira está sujeita a critérios de validade; ao que as outras dependem de critérios de credibilidade”.

Essa perspectiva introduzida por Elster, que reconhece os limites e as insuficiências das teorias da escolha racional, é inovadora na medida em que Elster assume que preferências podem ser alteradas. E o conceito de deliberação no interior do constitucionalismo moderno parte do pressuposto de que é função de qualquer sistema político democrático conformar preferências às opções existentes para se atingir os resultados que possam ser socialmente mais eficientes (no sentido de produção de bem-estar econômico). Nessa linha, a Política enquanto conformação de preferências implica a alteração de preferências existentes ou a exigência de justificativas racionais para as preferências externalizadas, antes que se forme, e seja internalizado no sistema jurídico, o conteúdo de determinada política pública (MATTOS, 2017).

O “critério de validade” assumido Habermas não pode ser considerado apenas segundo critério de legitimidade formal (no qual a legitimidade está centrada na adequação lógico-formal das normas editadas ao procedimento decisório previsto em lei). Na medida em que o “o critério de validade” é também submetido a procedimentos argumentativos sobre aspectos substantivos (materiais) envolvidos na formulação de determinada política pública, um novo tipo de comunicação e coordenação da ação pode ser considerado, que não as ameaças e promessas, que não a ação estratégica autointeressada. Esse novo tipo de comunicação é argumentação racional, que inclui argumentos de justiça e argumentos éticos-políticos, referidos ao bem comum da nação (Habermas, 1997)

Segundo Habermas, para admitir o novo tipo de mecanismo de coordenação da ação, ou seja, a comunicação entre participantes da argumentação que agem em

função do entendimento, ao lado dos atores que procuram influenciar-se estrategicamente, Elster tem que ampliar o conceito de racionalidade e aceitar a ideia de que as normas e orientações valorativas possuem um núcleo racional e ressalta:

Isso pode ser conseguido através da pretensão racional do conceito de racionalidade deontológico da justiça, que permite fundamentar direitos legítimos. Pois a tarefa da política não consiste apenas em eliminar regulamentações ineficientes e antieconômicas, mas também em criar e garantir condições de vida, no interesse simétrico de todos (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 69-70).

Trata-se, pois, de uma noção claramente normativa de democracia e advém de um conceito de justiça racional, que deve ser levado em consideração na ação regulatória do Estado por parte de reguladores que têm poder normativo para estabelecer o conteúdo de políticas públicas.

Dessa forma, na linha do que observa Mattos (2017, p. 189), o pensamento de Habermas sobre legitimidade democrática pode ser útil para, de um lado, afastar o idealismo excessivo de um modelo republicano de democracia – processo democrático dependente das virtudes de cidadãos – (e também o idealismo que está na base da teoria do interesse público no contexto das teorias da regulação) e, de outro, para, considerando a existência de comportamentos estratégicos, com vistas a influenciar e obter ganhos no interior do sistema político – porém sem assumir as conclusões da teoria do captura – “desenhar mecanismos de deliberação política que possam garantir, por meio de procedimentos administrativos, participação pública na ação regulatória do Estado e argumentação racional sobre o conteúdo das políticas a serem internalizadas no sistema jurídico por meio de normas”.

Conforme vimos no capítulo 2, no modelo estadunidense de *agências reguladoras independentes*, com o seu acentuado crescimento enquanto aparato burocrático para a regulação de mercados após o *New Deal*, foram ampliados os mecanismos de participação públicas nos processos decisórios internos às agências e a proteção jurídica para a garantia do funcionamento destes mecanismos, sendo que tais acontecimentos tiveram como pano de fundo a tensão entre o excesso de insulamento burocrático no *New Deal* e a reação da *New Left* no contexto da *New Social Regulation*.

Nesse contexto, o direito do cidadão de ser ouvido em audiências públicas ou em consultas públicas no processo de tomada de decisão sobre o conteúdo da regulação foi reconhecido com a edição do *Federal Administrative Procedure Act (APA)*. Como consequência, a utilização do princípio constitucional da garantia da revisão judicial das decisões tomadas pelas agências passou a estar orientada não apenas para a verificação da compatibilidade da norma específica editada pela agência à norma legal editada pelo Congresso (no âmbito de uma preocupação com o excesso de discricionariedade da agência), mas também para o respeito destas agências aos procedimentos decisórios que devem permitir que todos os interesses afetados sejam incluídos e avaliados na configuração da política pública em debate (MATTOS, 2017).

Dessa forma, após o *Federal Administrative Procedure Act (APA)*, o respeito à garantia das audiências públicas e das consultas públicas (mecanismos de participação dos cidadãos), tanto nos processos de resolução de conflitos (*adjudicating proceeding*) quanto nos processos de produção de normas (*rulemaking proceeding*), passou a ser o grande tema debatido pelo Judiciário norte-americano e pelo Legislativo (criação ou aperfeiçoamento de agências), tendo dominado a discussão legal sobre a legitimidade dos processos decisórios no âmbito da administração pública como um todo (MATTOS, 2017).

A garantia de que todos os argumentos das partes afetadas pela norma a ser editada por uma agência reguladora possam ser ouvidos e levados em consideração antes que o conteúdo da regulação seja definido ganhou especial atenção dos constitucionalistas, os quais passaram a defender a necessidade de novos arranjos institucionais que protejam constitucionalmente essa garantia¹⁶.

Segundo Habermas (1997), o modelo deliberativo da legislação e a ligação da administração a determinações legais são ameaçados tanto pelas burocracias

¹⁶ Nesse sentido, ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75: “As constituições modernas devem tomar medidas construtivas para revelar as dimensões cruciais do juízo burocrático normativo e disciplinar o seu exercício por uma variedade de técnicas, que vão desde a participação pública ao controle judicial”; SUNSTEIN, Cass. *After the Right Revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 164;

autonomizadas quanto pela influência do poder social privado. No entanto, a experiência jurídica norte-americana, a que Habermas chama de “republicanismo renovado”, demonstra que o controle, por meio do direito, da formação discursiva da opinião e vontade políticas, portanto, por meio da institucionalização de mecanismos de proteção de procedimentos de deliberação públicos, impede que a influência de grupos de interesses se imponha sobre o aparelho do Estado às custas de interesses gerais.

Portanto, a ação de grupos de interesses é pressuposta no modelo de democracia procedimental de Habermas (não nega que as pessoas agem estrategicamente buscando a maximização de seus interesses privados), porém, a garantia de que interesses privados dos grupos mais privilegiados não prevaleçam sobre os interesses de grupos menos privilegiados na sociedade civil reside exatamente no aperfeiçoamento e no controle, por meio do Direito, dos mecanismos de participação pública, que possibilitam às partes afetadas registrarem seus argumentos nos procedimentos decisórios sobre o conteúdo da regulação.

Nesse contexto, o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública e das formas de controle de sua observância faz parte do processo de democratização das instituições públicas e, dessa forma, é condição para a legitimidade do conteúdo da regulação estabelecido por agências reguladoras.

Por certo, as condições de participação não dependem somente da existência de procedimentos juridicamente institucionalizados que possibilitem participação pública. Elas dependem também das condições de deliberação no âmbito da esfera pública que inclui fatores como: a) capacidade de organização de grupos na sociedade civil; e b) capacidade de obter e compreender informações sobre o assunto a serem deliberados.

No modelo habermasiano de democracia, as estruturas da esfera pública refletem assimetrias de condições de acesso a informações e tais assimetrias são inevitáveis. Educação e programas de integração social podem reduzir essas assimetrias, mas elas continuarão a existir. Quanto mais técnico for a informação (algo bastante comum na regulação de mercados) maior será o custo de acesso a

ela. Nesse sentido, cidadãos que se organizam na sociedade civil têm, naturalmente, diferentes condições de participação.

Habermas - diferente de John Rawls¹⁷ e seu modelo político assentado nas exigências de igualdade de oportunidade políticas – assume um modelo de agregação de recursos no qual determinados atores tem condições de influenciar processos decisórios. Nesse contexto, nem todos os cidadãos tem as mesmas condições de participação e isso é um dado empírico inerente às sociedades capitalistas complexas. Na opinião de Habermas, ao lado dos direitos fundamentais de liberdade de opinião e de reunião, liberdade de associação, liberdade de obter informações e da existência de mecanismos de participação pública e de deliberação institucionalizados juridicamente, deve haver a participação de atores com capacidade de influenciar a opinião pública (HABERMAS, 1997).

São esses atores da sociedade civil, tais como, associações não governamentais de defesa de direitos difusos, cidadãos engajados em debates públicos, políticos que representam partidos políticos ou grupos de pressão, sindicatos, associações profissionais, advogados e outros profissionais liberais engajados, jornalistas, publicitários, imprensa, etc, que têm condições menos assimétricas de acesso a informação em comparação com os outros atores que representam interesses de empresas reguladas, por exemplo. Na visão de Habermas (1997), são esses sujeitos privados que são capazes e indispensáveis por manter a esfera pública de determinada sociedade viva e atuante.

Em conclusão, vimos que as vantagens do modelo habermasiano decorem do fato de Habermas trabalhar com um conceito duplo de racionalidade: a *racionalidade instrumental* (com vistas a fins predefinidos), que permitiria, em certa medida, incorporar o debate sobre organização e ação de grupos de interesse que atuam segundo uma racionalidade estratégia com vistas a fins e, nesse sentido, afastando-se do idealismo excessivo do modelo republicano, e a *racionalidade*

¹⁷ Conferir: Jurgen Habermas and John Rawls. *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona: Ediciones Paidós/I.C.E da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998; John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Havard University Press, 1971.

comunicativa (novidade no plano da teoria social), que permitiria avaliar a atuação de grupos de interesses na esfera pública segundo outra perspectiva e, nesse ponto, a avaliação das condições de participação se torna relevante, o que, por outro lado, também o afasta do individualismo metodológico inerente às teorias da escolha racional.

E participação, no modelo de democracia procedimental de Habermas, implica deliberação pública e a circulação do poder político para além do núcleo do sistema político institucionalizado (administração, judiciário, parlamento), incluindo também a chamada “esfera pública”. Nesse modelo político procedimental, a esfera pública e as condições atuação de atores relevantes na sociedade civil assumem um papel de destaque na análise organizacional da sociedade.

Nessa perspectiva, a teoria de Habermas amplia o debate sobre *accountability* da atuação da burocracia estatal (poder administrativo), pois, a *accountability* não é pensada apenas como controle de eficiência da Administração (em termos de controle de resultados), centrada no processo eleitoral (*accountability vertical*) como forma de responsabilização ou numa relação de freios e contrapesos entre os três Poderes, entendida de forma demasiadamente mecânica e estática (*accountability horizontal*). Ao contrário, no modelo habermasiano de democracia, poderíamos falar em *mecanismos deliberativos de accountability vertical* por meio da participação direta, não restrita apenas a processos eleitorais. E ao falarmos em *accountability vertical*, estamos nos referindo a condições de legitimidade durante o processo decisório e não apenas em *responsabilização* como controle a *posteriori* de resultados (em termos de eficiência da decisão ou dos efeitos produzidos).

Ainda considerando as contribuições da teoria de habermasiana ao ensejo do debate sobre teorias da regulação, é importante destacar que a noção de legitimidade introduzida por Habermas é substantiva (não formal) e permite avaliar não apenas se procedimentos decisórios existem e são utilizados, mas em que condições o conteúdo de políticas públicas pode ser efetivamente influenciado por atores que se organizam na sociedade civil e debatem elementos formadores de políticas públicas na esfera pública.

Por fim, consoante vimos ao longo deste capítulo, o modelo procedimental de Habermas incumbe ao Direito uma dupla função: por um lado, o Direito institui e garante, no interior do sistema jurídico, mecanismos de participação pública e deliberação; por outro, o Direito serve como ponte, mediante procedimentos, entre a esfera pública e o sistema político institucionalizado para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas para o interior do sistema político, regulando, assim, a transformação do poder comunicativo em administrativo.

4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO DECISÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)

No presente capítulo, analisarei o processo decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica, tendo como pano de fundo os conceitos de democracia procedimental e o papel do Direito na sua relação com a Política, tal como formulados por Habermas e discutidos no capítulo 3. O objetivo dessa análise será avaliar as condições e o grau de legitimidade democrática da atuação regulatória das agências, no contexto do chamado novo Estado regulador, considerando o desenho institucional das agências e seus procedimentos decisórios, enquanto órgãos colegiados dotados de independência decisória, onde se exige, sob o ponto de vista normativo, a fundamentação racional das decisões e se prevê a possibilidade de participação, por meio de procedimentos, do cidadão na formulação do conteúdo da regulação.

Consoante já indicado na introdução, não se desconhece que no Brasil os modelos de análise desse fenômeno têm se concentrado apenas na sua dimensão jurídico-formal – as posições têm sido adotadas com base num exame de adequação aos princípios constitucionais (legalidade e separação clássica de poderes) – e partem de conceitos demasiadamente simplificados de *legitimidade democrática*. É dizer, o debate predominante na doutrina brasileira sobre o modelo de agências reguladoras independentes tem buscado explicar a legitimidade democrática das agências reguladoras, baseando suas análises na chamada teoria

da “correia de transmissão” da legitimidade democrática¹⁸, segundo a qual “os peritos” simplesmente especificam as determinações contidas na lei, sem capacidade normativa para inovar na ordem jurídica (limites do poder normativo).

No entanto, tais análises são insuficientes, a nosso ver, para compreender a complexidade do funcionamento do Estado regulador e, principalmente, as condições de legitimidade de processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas, pois são modelos de explicação ainda presos a um paradigma liberal de direito e a uma concepção clássica e, por isso limitada, do princípio da separação de poderes, focados apenas em análises de adequação lógico-formal de normas a um ordenamento jurídico hierarquicamente constituído e que fecham os olhos para uma realidade que se impõe: o fato de que os reguladores, efetivamente, *fazem* leis.

Após diagnosticar uma aparente crise do Estado de direito, Habermas assevera que o problema central dessa aparente crise está na instrumentalização do direito para fins de regulação política, a qual sobrecarrega a estrutura do meio jurídico, dissolvendo a ligação existente entre a política e a realização de direitos dos quais não pode dispor. No entanto, para a visão procedimentalista, esse problema não resulta da substituição de um tipo de direito por outro. De acordo com Habermas, o que deve ser feito é a apenas uma nova releitura do princípio da separação de poderes. Nas palavras de Habermas:

O avanço do direito regulativo oferece apenas a ocasião para a dissolução de uma determinada figura histórica da divisão de poderes do Estado de direito. Hoje em dia, o legislador político tem que escolher entre o direito formal, o material e o procedimental: tudo depende da maneira a ser regulada. Daí a necessidade de uma nova institucionalização do princípio da separação de poderes. Pois o manejo de formas jurídicas alternativas proíbe que se tome a lei geral e abstrata como único ponto de referência para a separação institucional entre as instâncias que legislam, que executam e que aplicam o direito. Mesmo durante o período liberal, a separação funcional não coincidiu perfeitamente com a separação institucional de poderes (HABERMAS, 1997, v. 2 p. 182).

¹⁸ Para uma análise deste ponto, ver: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75; e STEWART, Richard B. *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1671-88 (1975).

Habermas afirma que o que mais irrita, na atual situação, “é o fato de que se lança mão, em larga medida e a qualquer hora, de argumentos normativos, os quais, segundo o esquema clássico de separação entre poderes estavam reservado à justiça e ao legislador parlamentar” (HABERMAS, v. 2, p. 182).

Entretanto, a fragilidade do direito regulador exige compensações, sobretudo no domínio de uma *administração* sobrecarregada com tarefas de regulação, a qual não pode mais limitar-se a executar leis de modo normativamente neutro e competente, no quando de atribuições normativas claras. Habermas assevera que, consoante o modelo “expertocrático” (cultura de especialistas), a administração deveria tomar apenas decisões pragmáticas; contudo, ela jamais se restringiu a este modelo. Em contraste com o modelo anterior, Habermas sugere uma nova postura para a Administração Pública, acentuando que:

Na moderna administração de prestações, avolumam-se os problemas a exigirem o escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares. Para elaborá-los de modo racional, tornam-se necessários discursos envolvendo fundamentação e a aplicação, os quais extrapolam o quadro profissional de um preenchimento pragmático de tarefas. Nos casos em que a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar *filtros de legitimação* os quais podem ser cedidos pelo direito procedimental (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 184).

Nessa perspectiva, tendo como pano de fundo o seu modelo procedimental de democracia, Habermas propõe que a Administração Pública possa se abrir à participação democrática como uma forma de legitimação de suas decisões. Sobre esse ponto, conclui Habermas:

Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que desenvolver-se através de formas comunicação de e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito. No entanto, é necessário perguntar se tal “democratização” da administração – que ultrapassa o simples dever de informar e que complementou o controle parlamentar e judicial da administração a partir de dentro – implica apenas a participação decisória de envolvidos, a ativação de *ombudsmen*, de processos análogos ao tribunal, de interrogatórios, etc., ou se implica, além disso, outros tipos de arranjo num domínio tão suscetível a estorvos e onde a eficiência conta tanto (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 184)

Habermas sugere que tudo isso é questão de um jogo que envolve tanto a fantasia institucional quanto a experimentação cuidadosa. Conduto, alerta que “as

práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim como processos, destinados à legitimação de decisões, eficazes ex ante, os quais, julgados de acordo com o seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 184-185).

Portanto, a crise do Estado de direito e com ela o problema da instrumentalização do direito para fins de regulação política, provoca sérios impactos sobre a concepção clássica do princípio da separação de poderes, já que o exercício da função normativa primária, com capacidade para inovar na ordem jurídica, não é mais exclusividade do Poder Legislativo, sendo exercida, também, pelos demais poderes, sobretudo pelo Poder Executivo.

Assim, na dimensão jurídico-formal, a fonte de legitimidade da ação regulatória do Estado continua sendo a lei setorial aprovada pelo Congresso. Entretanto, na dimensão política (Ciência Política), a fonte de legitimidade democrática das políticas formuladas pelas agências reguladoras deixaram de ser apenas os interesses e as decisões do Presidente eleito e dos parlamentares eleitos.

Conforme vimos no capítulo 3, o modelo procedimental de Habermas incumbe ao Direito uma dupla função: por um lado, o Direito institui e garante, no interior do sistema jurídico, mecanismos de participação pública e deliberação; por outro, o Direito serve como ponte, mediante procedimentos, entre a esfera pública e o sistema político para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas para o interior do sistema político.

Nesse contexto, faz-se necessário, por um lado, dar sentido às garantias constitucionais de liberdade de opinião e de reunião, liberdade de associação, liberdade de obter informações, à existência de mecanismos de participação pública e de deliberação institucionalizados juridicamente e às condições de deliberação pública sobre o conteúdo de normas. Por outro lado, é imperioso analisar o grau de atividade de atores relevantes, não restritos apenas àqueles representantes de empresa reguladas, que possam se utilizar dessas garantias e procedimentos para

influenciar a opinião pública e procedimentos de formação do conteúdo da regulação. É nesse segundo sentido que o Direito contribui para que a esfera pública seja uma *caixa de ressonância* no debate público sobre questões relevantes em matéria de políticas públicas.

Nessa perspectiva, estamos assumindo a regulação de mercados como um processo de escolhas políticas e não como um processo de escolhas meramente técnicas, uma vez que escolhas técnicas (técnicas administrativas de regulação da vida social) têm na sua base decisões políticas e a participação de grupos com interesses que não deixam de ser políticos.

O estudo do modelo de *agências reguladoras* que irei desenvolver no presente capítulo se dará em duas partes. Na primeira parte, irei descrever quais são os mecanismos juridicamente institucionalizados de influência política sobre o processo de formulação do conteúdo da regulação existente na Agência Nacional de Energia Elétrica, criada no contexto do chamado no capítulo 2 de novo Estado regulador. Nessa parte, irei descrever (a) o desenho institucional da ANEEL e sua relação com a administração direta (Poder Executivo), com o Poder Legislativo e com o Judiciário, apontando as condições de autonomia decisória do órgão regulador; e (b) descrever os mecanismos de participação pública existentes no arcabouço normativo estabelecido para a regulação do setor de energia elétrica.

Na segunda parte, irei descrever e analisar os resultados da pesquisa empírica que realizei, buscando identificar (a) o perfil dos autores que fazem uso dos mecanismos de participação pública para influenciar o processo decisório sobre o conteúdo da regulação na ANEEL; (b) o grau de incorporação de interesses manifestados no conteúdo das normas editadas pela ANEEL; e (c) a existência ou não de justificativas por parte do órgão regulador para incorporar ou não incorporar os interesses x ou y no conteúdo da regulação.

A escolha do setor de energia elétrica para realizar o presente estudo se deu, em primeiro lugar, pelo fato de eu exercer o cargo de Procurador Federal e atuar na defesa da ANEEL há mais de 6 anos e verificar que poucas demandas

chegam ao Poder Judiciário nas quais se discute os mecanismos de participação pública dos cidadãos, como consultas públicas e audiências públicas.

Em segundo lugar, a escolha da ANEEL como objeto de análise baseia-se no fato de que a energia elétrica se constitui no serviço público de maior alcance na sociedade, afetando todos os segmentos sociais, desde grupos de interesses mais fortes até os consumidores residenciais. O setor elétrico também ostenta grande relevância política para o Poder Público, devido ao fato de ser o número total de consumidores da mesma proporção do número de eleitores. Portanto, as audiências públicas e as consultas públicas se constituem num espaço de articulação e interação entre os mais diversos interesses.

Não se pretende, com a análise do caso ANEEL, tirar conclusões acerca do funcionamento de todas as agências reguladoras independentes, até porque, para esse propósito, seria necessário um estudo comparativo entre os processos decisórios existentes no interior de cada uma das agências criadas no âmbito do novo Estado Regulador.

No entanto, entendemos que o estudo do caso ANEEL permite chegar a conclusões sobre: (i) o grau de autonomia decisória da agência e as condições de controle democrático da atuação da agência em face do Executivo, Legislativo e Judiciário (*accountability horizontal*); (ii) a efetividade dos mecanismos de participação pública no interior na ANEEL, em termos de condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação (*mecanismos deliberativos de accountability vertical*); e as condições de participação de grupos de interesse no processo de formulação do conteúdo da regulação (*condições de accountability deliberativa vertical na esfera pública*).

Esse estudo contribuirá, ao nosso sentir, para se avaliar o potencial democrático da ANEEL enquanto uma agência reguladora criada por ocasião da reforma do Estado dos anos 90. Paralelamente, fornece elementos para se pensar, a partir da perspectiva teórica da democracia procedimental, as condições de legitimidade democrática do conteúdo da regulação no contexto do novo Estado regulador no Brasil.

Dessa maneira, pretendemos contribuir com uma nova abordagem no campo do Direito e da Política acerca da legitimidade do conteúdo das normas editadas no seio da burocracia estatal, mediante delegação legislativa, no contexto do Estado regulador. Para atingir esse objetivo, procuramos desenvolver um instrumental analítico que permita aquilatar, por um lado, o desenho institucional de órgãos reguladores e procedimentos decisórios, e, por outro, as condições de participação pública de grupos de interesse na esfera pública. Esses dois tipos de análise permitem identificar as condições de deliberação pública acerca do conteúdo de políticas públicas no interior de órgãos reguladores.

4.1. O desenho institucional da Agência de Energia Elétrica e os limites de sua autonomia decisória.

Consoante analisamos no capítulo 2, do ponto de vista jurídico-formal o processo decisório sobre o conteúdo de políticas públicas passou, no contexto das reformas do Estado dos anos 90, a ser caracterizado pela: a) autonomia decisória do órgão regulador; b) institucionalização de órgãos colegiados que deliberam sobre a formação do conteúdo normativo; c) ausência ou precariedade de mecanismos institucionalizados de *accountability horizontal* ao Poder Legislativo; d) institucionalização de canais de participação pública de setores da sociedade civil no processo decisório; e) dissolução de mecanismos institucionalizados de organização dos interesses de grupos predeterminados no interior da burocracia estatal.

O desenho institucional da Agência Nacional de Energia Elétrica insere-se nesse contexto. Assim, a ANEEL é um órgão regulador dotado de capacidade normativa de conjuntura, mediante delegação legislativa prevista em lei, com autonomia decisória na definição do conteúdo regulatório relativa à prestação de serviços de energia elétrica. Todavia, tal autonomia pode ser limitada e controlada por mecanismos juridicamente institucionalizados de *accountability horizontal* e mecanismos de *accountability vertical*.

4.1.1. Formas de controle da autonomia decisória da Aneel em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário (accountability horizontal)

A autonomia decisória da ANEEL decorre principalmente da impossibilidade de demissão dos membros dos órgãos colegiados que compõem o órgão regulador, da existência de orçamento próprio aprovado pelo Congresso Nacional, desvinculado do orçamento dos Ministérios, e da impossibilidade de revisão administrativa das decisões por membros do Poder Executivo hierarquicamente superiores (Ministro de Estado e Presidente da República). As decisões de seus órgãos colegiados só podem ser revistas pelo Poder Judiciário, por força de garantia constitucional.

Assim, para compreender as condições institucionais de autonomia decisória da ANEEL e sua relação com o Poder Executivo (em especial com a administração direta), com o Poder Legislativo e com o Poder Judiciário, cabe analisar o desenho institucional da agência, especialmente no que diz respeito ao órgão colegiado que tem função administrativa de definição do conteúdo de normas, bem como as garantias institucionais de *accountability horizontal* da atuação do órgão.

Nesse sentido, verifica-se que a Diretoria é órgão de estrutura colegiada e é responsável pela tomada de decisões na agência, sendo composta por 5 (cinco) membros (um Diretor-Geral e quatro Diretores), escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, para cumprir mandatos não coincidentes de 4 (quatro) anos¹⁹, após a provação pelo Senado Federal²⁰.

À Diretoria da ANEEL compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Autarquia, bem como planejamento estratégico da agência, políticas administrativas internas e de recursos humanos e seu desenvolvimento, nomeação, exoneração, contratação e promoção de pessoal, nos termos da legislação em vigor²¹.

A ANEEL exerce as seguintes funções: (i) *executiva*: implementar as políticas do Governo Federal para a exploração de energia elétrica e o

¹⁹ Exceto o primeiro quadro diretores, cujos mandatos serão de 3 (três) anos, conforme art. 29, da Lei 9.427/96.

²⁰ Cf. art. 5º da Lei 9.427/1996.

²¹ Cf. art. 8º do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; (ii) *adjudicatória*: dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, entre esses agentes e seus consumidores, bem como entre os usuários dos reservatórios de usinas hidrelétricas; (iii) *normativa*: editar normas especificando o conteúdo da regulação²².

Tendo em mente o propósito do presente trabalho, que diz respeito às condições de legitimidade sobre a formulação do conteúdo da regulação, a análise aqui empreendida está focada essencialmente no exercício de função *normativa*.

A atribuição para definir a política nacional de energia elétrica é do Poder Executivo (no exercício de capacidade normativa de conjuntura) e do Poder Legislativo (por meio de lei). Traçando um rol de competências da ANEEL, a Lei 9.427/96 dispõe que a ela (agência) cumpre implementar a política nacional de energia elétrica²³. Assim, cabe à ANEEL, ao exercer a função de execução das políticas governamentais para o setor elétrico, especificar o conteúdo dessas políticas públicas. Isso porque tais políticas governamentais (definidas através de decretos presidenciais) contêm, em geral, diretrizes, princípios e objetivos gerais. Quando isso ocorre, é o órgão regulador que define o conteúdo de normas específicas.

A Lei 9.427/96 estabeleceu, em seu art. 7º, que a “administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional”. Esse contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas Energia e da ANEEL ao Tribunal de Contas da União, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, cuja consequência será

22 Conferir o art. 3º da Lei 9.427/96.

23 Cf. art. 3º, inciso I, da Lei 9.427/96.

o julgamento das contas com ressalvas²⁴. O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros²⁵.

Conforme vimos no Capítulo 2, à exceção da Lei Geral de Telecomunicação (Lei 9. 472/1997), em nenhuma das outras leis setoriais que institucionaliza o modelo de agências reguladoras independentes no Brasil, há previsão de prestação de contas obrigatória ao Poder Legislativo, o que ocorreu também em relação à lei que instituiu a ANEEL. Porém, nada impede que esse controle se dê de forma indireta, mediante atuação do Tribunal de Contas da União – TCU ou solicitação de prestação de contas pelo Congresso, sem, no entanto, obrigatoriedade de comparecimento no caso de representantes das agências reguladoras (cf. arts. 49, X, 50, 70, e 71 da CF). O fato de a prestação de contas obrigatória não ter sido prevista na lei que instituiu a ANEEL gera déficit nas condições de controle por parte do Legislativo, considerando os limites atuais desse sistema de controle indireto referido.

O princípio constitucional da publicidade é inerente ao exercício de função administrativa²⁶. O Decreto nº 2.335/1997 que constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL estabelece, em seu art. 22, que “O processo decisório da ANEEL obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, ampla publicidade e economia processual”. Assim, o princípio da publicidade foi previsto como um vetor do processo decisório no âmbito da ANEEL.

O § 1º do art. 22 do Decreto nº 2.335/1997 também enfatiza o princípio da publicidade no processo decisório da ANEEL, ao estabelecer que:

As reuniões da Diretoria da ANEEL que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.

²⁴ Cf. § 1º do art. 7º, da Lei 9.427/96.

²⁵ Cf. § 3º do art. 7º, da Lei 9.427/96.

²⁶ Cf. Constituição Federal de 1988, art. 37, *caput*.

Nesse contexto, cumpre destacar a existência, no âmbito da ANEEL, da chamada “*Reunião Pública da Diretoria*”, uma Sessão Solene do processo decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, na qual são deliberados os processos que envolvam interesses dos agentes do setor elétrico e dos consumidores e que é aberta ao público, na sede da Agência em Brasília (DF), e transmitida ao vivo no Portal da ANEEL. Desde que previamente identificada, é assegurado a qualquer pessoa o direito de acesso e presença no lugar designado para a realização da Reunião Pública da Diretoria. Nessa reunião, os interessados poderão se inscrever para se manifestar durante a Reunião, pedir preferência na ordem de julgamento ou destacar algum processo do Bloco da Pauta²⁷.

A publicidade nos processos deliberativos internos ao órgão regulador é um elemento importante para que haja possibilidade de *accountability horizontal* da agência. A publicidade é garantia de que representantes da administração direta e do Poder Legislativo, bem como atores ligados aos meios de comunicação de massa (imprensa) obtenham informações sobre o que está sendo deliberado pela Diretoria do órgão e repercutam tais informações nos canais de circulação do poder político.

A publicidade nos processos deliberativos é igualmente importante para a participação pública de outros atores no uso de mecanismos deliberativos de *accountability vertical*, conforme veremos a seguir na parte 4.1.2 do presente capítulo.

No tocante ao critério para tomada de decisões, segundo o disposto no art. 8º, § 3º, do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997, a Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três Diretores, dentre eles o Diretor-Geral ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, três votos favoráveis.

No que se refere ao dever de fundamentar as decisões, observa-se que Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) determina que a autoridade administrativa está obrigada a indicar os motivos e a motivação que ensejaram a

²⁷ Cf. Arts. 16 e 19 da Resolução Normativa nº 698/2015.

tomada de qualquer decisão tomada no curso do processo²⁸. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, conforme determina o § 1º do art. 50 da referida lei.

No âmbito da ANEEL, o dever de fundamentar as decisões está previsto no art. 27 da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007, o qual dispõe que “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que os justifiquem”, sendo que essa motivação deve ser explícita, clara e congruente, conforme determina o § 1º do referido art. 27.

A motivação das decisões da Diretoria é elemento fundamental para a *accountability horizontal* do órgão regulador. Isso tanto para informar a prestação de contas da agência o Poder Executivo (administração direta) e ao Poder Legislativo, quanto para tornar possível o controle judicial das decisões da agência por meio de recursos.

Na Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL, em consonância com a legislação que regula o processo administrativo federal, o meio de impugnação das decisões tomadas pela agência é o recurso à autoridade imediatamente superior àquela que praticou o ato, sendo a Diretoria a instância máxima recursal, exceto para decisões relativas à proteção da ordem econômica, que obedecerão a procedimento estabelecido em Resolução própria e terão como instância administrativa máxima o Conselho Administrativo de Defesa Econômica —

²⁸²⁸ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;”

CADE²⁹. Somente contra as decisões adotadas pela Diretoria em única instância caberá pedido de reconsideração, distribuindo-se os autos a novo relator³⁰.

Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida, o Diretor-Geral poderá, de ofício ou a pedido, conceder efeito suspensivo ao recurso³¹.

A via recursal na esfera administrativa é uma garantia processual ao contraditório e à ampla defesa de interesses em processos administrativos. A ausência de recurso administrativo hierárquico ao Ministro de Estado ou ao Presidente da República impede, por um lado, que haja mais uma instância recursal, ao mesmo tempo que impede a revisão dos atos do órgão regulador pela administração direta. Por outro lado, permite que a Diretoria seja um espaço institucional dotado de conhecimentos técnicos específicos na burocracia estatal para dirimir conflitos existentes no setor regulado em questão. Isso propicia, em princípio, que o órgão regulador dê respostas mais rápidas e informadas aos conflitos, reduzindo os riscos de uma decisão demorada e desinformada em outras instâncias recursais dentro da burocracia estatal.

De qualquer modo, é sempre garantido, por força constitucional, recorrer ao Poder Judiciário, seja de decisão em procedimento adjudicatório e em procedimento sancionatório, seja de decisão em procedimento normativo. Em todos os casos, ainda que se trate de normas editadas pela agência, o controle pelo Poder Judiciário é possível.

Não cabe no presente estudo analisar com profundidade o papel do Judiciário na *accountability horizontal* da atuação das agências reguladoras. No entanto, é um dos poderes que pode garantir: a) que procedimentos administrativos previstos sejam corretamente utilizados pelo órgão regulador (garantias procedimentais); b) que o conteúdo de decisão administrativa (especialmente o conteúdo da regulação, foco de preocupação do presente trabalho) possa ser

²⁹ Cf. art. 42 da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

³⁰ Cf. art. 50 da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

³¹ Cf. art. 47, § 1º, da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

questionado, caso beneficie, sem justificativa racional (substantiva), determinado grupo de interesse em detrimento de outro.

Nessa última hipótese, o Judiciário analisaria o mérito das decisões administrativas que definem o conteúdo de normas, porém sem poder substituir o conteúdo por meio de sua decisão. Seria, assim, uma análise substantiva de adequação de justificativas sobre a motivação do ato em relação aos efeitos produzidos ou almejados sobre os agentes afetados, considerando os limites constitucionais e legais existentes. Desse modo, não seria um controle da adequação do conteúdo da regulação a conceitos genéricos, como “interesse público” (MATTOS, 2017).

4.1.2. Mecanismos de participação da sociedade civil na ANEEL e Legitimidade decisória sobre o conteúdo da regulação (mecanismos deliberativos de accountability vertical)

As garantias fundamentais de liberdade associação, liberdade de opinião e de reunião, o direito de representação coletiva, o direito de acesso à informação e o direito de participação foram assegurados na Constituição Federal brasileiro de 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 conferiu nova redação ao § 3º do art. 37 da Constituição Federal, para estabelecer expressamente que “*A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta*”.

Nos normativos que disciplinam a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica, há previsão de três mecanismos de participação: a) *audiências públicas*; b) *consultas Públicas*; c) *Reunião Pública da Diretoria*; e d) *Ouvidoria*..

A *Audiência Pública* é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei. Assim, no âmbito da Aneel, o processo decisório que, mediante projeto de lei ou por via administrativa, afetar os direitos dos produtores ou dos consumidores deve ser precedido de uma audiência pública convocada pela própria agência. Deste modo, uma ampla gama de matérias

é submetida ao mecanismo, havendo certa estabilidade, já que sua existência e manutenção são previstas em lei.³².

As audiências públicas constituem-se numa preocupação com o procedimento regulatório, de sorte que propiciam a participação no processo decisório da agência, possibilitando a influência direta dos participantes no resultado final por meio da formulação de contribuições. Dessa forma, a partir do relacionamento direto com os grupos da sociedade e da possibilidade de efetiva influência no resultado final da regulação, as audiências públicas passam a se constituir numa arena de ação de interesses da sociedade e, exatamente por isso, foram escolhidas como o foco de nossas preocupações no presente trabalho.

A *Audiência Pública* será realizada por intercâmbio documental, ou seja, receberá contribuições por escrito, ou, se assim deliberada pela Diretoria da ANEEL, terá reunião presencial. Se houver reunião presencial, os participantes, devidamente inscritos, podem se manifestar de viva voz, apresentando contribuições sobre a matéria em pauta, bem como comentar sobre contribuições já encaminhadas³³.

No primeiro caso, apenas o envio de documentos é realizada, não havendo participação presencial nem exposições. No segundo caso, além da participação presencial, é permitido o envio de contribuições por meio documental. Após a realização da audiência (ambos os tipos), a ANEEL expede um relatório de análise no qual são divulgadas as contribuições aceitas, aceitas parcialmente e as rejeitadas, apresentando justificativas.

A *Audiência Pública* tem por objetivos: 1) obter subsídios para o processo decisório da ANEEL; 2) propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões; 3) identificar, da forma

³² “Art. 4º (...) § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. Cf. Art. 42, § 3º, Lei nº 9.427/1996.

³³ Cf. arts. 15 a 22 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

ampla e democrática, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da Audiência Pública; 4) dar publicidade à ação regulatória da ANEEL³⁴.

A *Consulta Pública* é um instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão³⁵.

A *Consulta Pública* pode ser realizada por meio de Intercâmbio Documental ou, ainda, contar com a realização de uma Sessão ao Vivo – Presencial, para a manifestação de viva voz dos interessados. A forma de participação em Consulta Pública, seja apenas por Intercâmbio Documental ou com Sessão ao Vivo – Presencial, é idêntica à da Audiência Pública³⁶.

Embora a *consulta pública* também seja um mecanismo de participação pública direta, pode se dizer que a *audiência pública* é o principal mecanismo de participação pública no processo decisório da ANEEL na definição do conteúdo da regulação. E isto porque, além de ser um instrumento de “*ampla consulta à sociedade*”, o seu objeto é qualquer “*processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL*”³⁷. Trata-se, portanto, de um instrumento de apoio ao processo decisório da agência.

Além disso, nem na lei que institui a ANEEL (Lei nº 9.427/1996) nem no Decreto que institui o seu Regimento Interno (Decreto nº 2.335/1997), há previsão das consultas públicas enquanto mecanismo de participação pública. Tal previsão

³⁴ Cf. art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

³⁵ Cf. art. 23 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

³⁶ Cf. art. 24 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

³⁷ Cf. art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

encontra-se na Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007. Todavia, o seu fundamento legal é a lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999), que prevê a realização de consultas públicas, porém limitada aos casos de processos administrativos para a resolução de conflitos e apenas quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral³⁸.

De toda sorte, as consultas públicas vêm sendo realizadas pela ANEEL com bastante frequência, sendo que a sua forma de realização e participação é idêntica à da Audiência Pública.

Cumprido destacar ainda a existência, no âmbito da ANEEL, de outro mecanismo de participação pública direta, que é a chamada “*Reunião Pública da Diretoria*”, uma Sessão Solene do processo decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, na qual são deliberados os processos que envolvam interesses dos agentes do setor elétrico e dos consumidores e que é aberta ao público, na sede da Agência em Brasília (DF), e transmitida ao vivo no Portal da ANEEL. Desde que previamente identificada, é assegurado a qualquer pessoa o direito de acesso e presença no lugar designado para a realização da Reunião Pública da Diretoria. Nessa reunião, os interessados poderão se inscrever para se manifestar durante a Reunião, pedir preferência na ordem de julgamento ou destacar algum processo do Bloco da Pauta³⁹.

Por fim, cabe mencionar também que a lei que institui a ANEEL (Lei nº 9.427/1996) prevê, em seu art. 4º, § 1º, a institucionalização da *Ouvidoria*, que é um mecanismo de participação pública indireta que pode influenciar, em certa medida, o processo decisório da agência sobre a edição de normas.

Atualmente, existem dois tipos de Ouvidoria na ANEEL. A Ouvidoria Setorial, que trata das demandas de consumidores com relação aos procedimentos das distribuidoras, em particular aos previstos na Resolução Normativa nº 414/2010 e a

³⁸ Cf. Art. 31 da Lei nº 9.784/1999.

³⁹ Cf. Arts. 16 e 19 da Resolução Normativa nº 698/2015.

Ouvidoria Institucional, que foi criada por meio da Portaria nº 2.884/2013, tem por finalidade receber, analisar e responder as reclamações, críticas, sugestões e denúncias relativas à atuação da própria Agência, bem como acerca de seus procedimentos. As demandas podem ser encaminhadas tanto pela sociedade quanto pelos agentes regulados e, em especial, por servidores e colaboradores da Agência. Essa nova instância de Ouvidoria é composta pelo Diretor-Ouvidor e por um servidor público com dedicação prioritária às demandas da Ouvidoria Institucional.

Na seção seguinte, apresentamos o resultado de pesquisa empírica sobre o uso do mecanismo de audiência pública na ANEEL, no qual procuramos identificar:

a) os atores que fazem uso de mecanismo de participação pública para influenciar o processo decisório sobre o conteúdo da regulação na ANEEL; b) o grau de incorporação de interesses manifestados no conteúdo das normas editadas pela ANEEL; e c) a existência ou não de justificativas por parte da agência para incorporar ou não incorporar os interesses x ou y no conteúdo da regulação.

4.2. A participação na esfera pública brasileira: o caso do processo regulatório do setor de distribuição de energia (condições de *accountability deliberativa vertical* na esfera pública)

A pesquisa desenvolvida, a partir da análise do material empírico desta fase de investigação, foi dividida em cinco fases: a) seleção de audiências públicas; b) identificação dos atores; c) análise da incorporação das sugestões manifestadas ao texto final da norma; d) consolidação dos dados obtidos em uma base de dados; e e) análise quantitativa dos dados a partir da base de dados.

Para alcançarmos os objetivos propostos neste estudo, foi empreendida uma análise das audiências públicas realizadas e encerradas pela ANEEL, entre 2009 e 2018, ou seja, um período de 10 (dez) anos, sobre o tema *distribuição de energia* e questões correlatas, cujo objetivo final era a edição de alguma espécie normativa destinada a regular esse setor.

A escolha do período de 10 (dez) anos se deu em razão da necessidade de se abarcar uma maior quantidade de audiências públicas realizadas e já encerradas que versasse sobre o tema *distribuição de energia* e cujo resultado final levou à expedição de alguma norma, de modo a retratar com maior fidedignidade o fenômeno da participação pública no processo regulatório da ANEEL.

Além disso, a escolha do período de uma década (2009 a 2018) também se justifica pela necessidade de a análise abarcar os diferentes governos que se sucederam no tempo e eventualmente captar mudanças de rumos no tocante à regulação do setor elétrico, considerando que cabe ao Governo Federal definir as políticas e diretrizes gerais para esse setor.

Fundamentamos a escolha das audiências públicas no fato de serem tais audiências espaços de atuação de interesses abertos à sociedade como um todo, nos quais há a efetiva possibilidade de alteração do resultado final e, também, pela transparência de seus procedimentos, por abrir a possibilidade de análise de um fenômeno de difícil mensuração, que é a atuação de grupos de interesse no processo de formulação de políticas.

Por outro lado, a opção pelo setor de *distribuição de energia* como objeto de análise se justifica pelo fato de que, conforme já mencionado acima, a energia elétrica se constitui no serviço público de maior alcance na sociedade, afetando todos os segmentos sociais, desde grupos de interesses mais fortes até os consumidores residenciais, sendo o setor de *distribuição de energia* o que abarca a maior quantidade desses atores. O setor elétrico, em especial o seguimento de *distribuição de energia*, também ostenta grande relevância política para o Poder Público devido ao fato de ser o número total de consumidores da mesma proporção do número de eleitores⁴⁰.

Assim, selecionei para análise as seguintes audiências públicas realizadas e concluídas:

⁴⁰ Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (IBGE), 99% da população no Brasil tem acesso à energia elétrica (informações obtidas no site: <https://indicadoresods.ibge.gov.br/objetivo7/indicador711>).

| AUDIÊNCIA PÚBLICA | OBJETO | RESULTADO |
|--------------------------|--|--|
| Audiência 001/2009 | Obter subsídios e informações para a alteração da Resolução Normativa da ANEEL nº. 229/2006, que estabelece as condições gerais para a incorporação de redes particulares, conectadas aos sistemas elétricos de distribuição, ao ativo imobilizado em serviço das concessionárias ou permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 359, de 14/04/2009. |
| Audiência 010/2009 | Obter subsídios e informações adicionais para aprimoramento de ato regulamentar sobre a utilização das instalações de distribuição de energia elétrica como meio de transporte para a comunicação de sinais. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 375, de 25/08/2009. |
| Audiência 047/2009 | Obter subsídios e informações adicionais para regulamentação da Lei nº. 11934/2009, no que se refere aos limites à exposição humana a campos elétricos e magnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 398, de 23/03/2010. |
| Audiência 011/2011 | Obter subsídios para a aprovação de Resolução Normativa estabelecendo a Metodologia de cálculo e valores de exposição e de sobrecontratação involuntárias dos agentes da categoria de distribuição para o ano de 2010. | Não há informação sobre a edição de norma. |
| Audiência 038/2011 | Obter contribuições à proposta de Resolução Normativa acerca da consolidação e revisão das regras de acesso aos sistemas de distribuição. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 506 507, ambas de 04/09/2011. |
| Audiência 048/2011 | Obter contribuições para o aperfeiçoamento da proposta de Resolução Normativa que "dispõe sobre a constituição de garantias pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras | Resolução Normativa da ANEEL nº. 532, de 14/06/2013. |

| | | |
|-----------------------|---|---|
| | providências". | |
| Audiência 078/2011 | Colher subsídios e informações adicionais para regulamentar os procedimentos de cálculos relativos aos processos de reajuste tarifário anual das concessionárias de distribuição de energia elétrica e dos componentes financeiros .. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 703, de 15/03/2016. |
| Audiência 026/2012 | Obter subsídios ao aprimoramento da Resolução Normativa nº 421/2010, que trata dos critérios para cálculo do Montante de Reposição e contratações adicionais dos agentes de distribuição do Sistema Interligado Nacional - SIN. | altera a Resolução Normativa Resolução Normativa da ANEEL nº. 421, de 30/11/2011. |
| Audiência 057/2012 | Colher subsídios para alteração da Resolução Normativa nº 279/2011, a qual estabelece os procedimentos gerais para requerimento de declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e de instituição de servidão administrativa, de áreas de terras necessárias à implantação de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, por concessionários, permissionários e autorizados. | Altera a Resolução Normativa da ANEEL nº. 279, de 11/09/2007. |
| Audiência 100/2012 | Obter subsídios e informações para aprimoramento da proposta de retificação da Resolução Normativa nº 482/2012, a qual estabelece as condições gerais para o acesso de micro e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, cria o sistema de compensação de energia elétrica e aprova as revisões 4 do Módulo 1 ? Introdução e 4 do Módulo 3 ? Acesso ao Sistema de Distribuição do PRODIST, de forma a contemplar a inclusão da Seção 3.7. | Altera a Resolução Normativa da ANEEL nº. 482/2012. |
| Audiência 019/2013 | Obter subsídios para proposta de alteração das Resoluções Normativas 488, de 15 de maio de 2012, e 414, de 9 de setembro | Resolução Normativa da ANEEL nº. 563, de 09/07/2013. |

| | | |
|-----------------------|---|---|
| | 2010, contemplando as condições para revisão dos planos de universalização dos serviços de distribuição de energia elétrica na área rural. | |
| Audiência 093/2013 | Obter subsídios para a revisão dos Módulos 6 e 8 dos Procedimentos de Distribuição - Prodist, motivada pela inclusão dos sistemas de medição de que trata a Resolução Normativa nº 502/2012. | |
| Audiência 097/2013 | Obter subsídios para a proposta de aperfeiçoamento da regulamentação relativa à exposição humana a campos elétricos e magnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, na frequência de 60 Hz. | Altera a Resolução Normativa da ANEEL nº. 398, de 23/03/2010. |
| Audiência 028/2014 | Obter subsídios para a proposta de aprimoramento da regulamentação sobre a caracterização da carga e do sistema elétrico de que trata o Módulo 2 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional - PRODIST. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 628, de 14/10/2014. |
| Audiência 046/2014 | Obter subsídios para alterações nos Módulos 1, 2 e 6 do PRODIST e na Resolução Normativa nº 395, 15 de dezembro de 2009, relativas à apresentação e divulgação do Plano de Desenvolvimento da Distribuição - PDD, à sua conciliação com as demonstrações contábeis regulamentadas pelo Manual de Contabilidade do Setor Elétrico - MCSE, e às considerações referentes ao planejamento setorial no PDD. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 655, de 31/03/2015. |
| Audiência 069/2014 | Obter subsídios com vistas a alterar a regulamentação relativa ao Sistema de Informação Geográfica Regulatório - SIG-R e a criar o Módulo 10 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional - PRODIST. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 730, de 28/06/2016. |

| | | |
|-----------------------|--|--|
| Audiência 002/2015 | Obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento das regras de faturamento do Montante do Uso do Sistema de Distribuição - MUSD por permissionárias de distribuição de energia elétrica. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 671, de 14/07/2015. |
| Audiência 037/2015 | Obter subsídios para a revisão dos procedimentos de acesso ao sistema de distribuição por meio de conexão a instalações de propriedade de distribuidora. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 724, de 31/05/2016. |
| Audiência 074/2015 | Obter subsídios para o aprimoramento da Resolução Normativa nº 631/2014, que estabelece os critérios e procedimentos para revisão da alocação de cotas de garantia física e de potência das usinas hidrelétricas enquadradas na Lei nº 12.783/2013 às concessionárias de distribuição. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 702, de 01/03/2016. |
| Audiência 077/2015 | Obter subsídios com vistas ao aprimoramento da minuta do regulamento para o reagrupamento de áreas de concessões de distribuição de energia elétrica sujeitas a controle societário comum. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 716, de 03/05/2016. |
| Audiência 078/2015 | Obter subsídios para o aprimoramento da Resolução Normativa nº 451/2011, que estabelece as condições gerais para a criação, organização e funcionamento dos conselhos de consumidores de energia elétrica, no âmbito das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica. | Altera a Resolução Normativa da ANEEL nº. 451/2011. |
| Audiência 001/2016 | Obter subsídios para o aprimoramento da regulação de investimentos em redes subterrâneas de distribuição de energia elétrica. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 742, de 16/11/2016. |
| Audiência 034/2016 | Obter subsídios para regulamentação dos critérios para limitação de distribuição de dividendos e pagamento de juros sobre o | Resolução Normativa da ANEEL nº. 747, de 29/11/2016. |

| | | |
|-----------------------|--|--|
| | capital próprio, aplicáveis às concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica | |
| Audiência 038/2016 | Obter subsídios para o aprimoramento da regulamentação do art. 6º da Lei nº 13.203/2015, que versa sobre a ampliação do alcance do desconto na tarifa de uso dos sistemas de distribuição e transmissão para fontes incentivadas. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 745, de 22/11/2016. |
| Audiência 040/2016 | Obter subsídios acerca da proposta de estabelecimento de limites de continuidade e compensação para centrais geradoras iguais aos já empregados para unidades consumidoras, conforme minuta dos Módulos 1 e 8 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica - PRODIST constante na Nota Técnica nº 91/2016, emitida pela Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição - SRD. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 767, de 09/05/2017. |
| Audiência 063/2016 | Obter subsídios para o aprimoramento da regulamentação da Portaria do Ministério de Minas e Energia - MME nº 388/2016, que estabelece os termos e condições para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica por órgão ou entidade da Administração Pública Federal. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 748, de 29/11/2016. |
| Audiência 081/2016 | Obter subsídios para a definição de metodologia e procedimento para ressarcir o consumidor da perda técnica de energia ocorrida no ramal de ligação para os casos em que há medição externa, aprimorando, assim, a Resolução Normativa nº 414/2010 e o Módulo 7 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica - PRODIST. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 771/2017. |
| Audiência 025/2017 | Obter subsídios para o aprimoramento da revisão da Resolução Normativa nº 568/2013, que estabelece condições e prazos para que a Câmara de | Resolução Normativa da ANEEL nº. 799, de 19/12/2017. |

| | | |
|-----------------------|---|--|
| | Comercialização de Energia Elétrica – CCEE republique o Preço de Liquidação das Diferenças - PLD. | |
| Audiência 037/2017 | Obter contribuições à proposta de atualização da Resolução Normativa nº 482/2012, a qual estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 786, de 17/10/2017. |
| Audiência 044/2017 | Obter subsídios para o aprimoramento da Norma de Organização nº 40/2013, aprovada pela Resolução Normativa nº 540/2013, que dispõe sobre realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR no âmbito da ANEEL | Resolução Normativa da ANEEL nº. 798, de 12/12/2017. |
| Audiência 027/2018 | Obter subsídios para o aprimoramento das disposições do Atendimento ao Público previstas na Resolução Normativa nº 414/2010 e complementada pelo Módulo 8 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST | Altera a Resolução Normativa da ANEEL nº. 414/2010. |
| Audiência 038/2018 | Obter subsídios para o aprimoramento da proposta de regulamentação da cobertura tarifária de custos com o Encargo de Serviço de Sistema – ESS e com o Encargo de Energia de Reserva – EER, objeto do Submódulo 5.4 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET. | Resolução Normativa da ANEEL nº. 837, de 18/12/2018. |

Conforme se observa da tabela acima, foram analisadas 32 audiências públicas, iniciadas e encerradas, entre os anos de 2009 e 2018, sobre o tema *distribuição de energia* e questões correlatas, cujo objetivo final era a edição de alguma norma destinada a regular esse setor.

A análise foi realizada a partir da leitura do material disponibilizado pela ANEEL em seu *síte* oficial [www.aneel.gov.br], tendo por foco os participantes das

audiências públicas e os documentos enviados como sugestão à norma submetida à consulta (contribuições).

Discutiu-se quem são os participantes, quem envia contribuições e também quem tem suas contribuições efetivamente aceitas. Os participantes e as colaborações foram classificados tendo por base a nomenclatura utilizada pela própria agência. Para a abordagem das contribuições enviadas foram analisados os Relatórios de Análise de Contribuições – RAC, expedidos pela agência, após a conclusão do processo de audiência pública, no qual se condensam as principais informações da audiência pública realizada, como as contribuições enviadas, os agentes participantes, análise feita pela agência, com as justificativas para aceitação ou rejeição das contribuições.

Dessas audiências analisadas, 9 delas, além do intercâmbio documental (contribuições por meio de documentos), também foram realizadas na modalidade presencial, ou seja, a audiências se realizou ao vivo, com participantes e expositores. Em todas as audiências analisadas, havia "Relatório" e "Justificativas" para o não acolhimento da contribuição.

Em relação à categoria de agentes que enviaram contribuições às audiências, utilizou-se de nomenclatura utilizada pela própria agência, qual seja, "Produtores", "Consumidores", "Poder Público", "Outros" e "Advogados". A categoria de "Produtores" refere-se a qualquer empresa regulada, de produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, pública ou privada. Tendo em vista que a categoria de "Consumidores" não é tão homogênea, podendo esconder diferenças em seu interior, ela foi desmembrada em três categorias diferentes: consumidores de grande porte ("Industriais/Comerciais"), consumidores de pequeno porte ("Residenciais") e "Conselhos de Consumidores". "Poder Público" é uma categoria formada de atores da esfera estatal: Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, das três esferas de governos (federal, estadual e municipal). "Outros" é uma categoria bastante heterogênea, formada principalmente de pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas de consultorias e empresas de fora do setor elétrico.

Cabe ressaltar que, no caso das audiências públicas da ANEEL, o mecanismo atuante de seleção dos participantes é o aberto ou da autosseleção, ou seja, são abertas a qualquer cidadão que deseje participar. Esse mecanismo bastante inclusivo é atenuado pela orientação da ANEEL para que os conselhos de consumidores — entidades de representação que envolvem consumidores residenciais, comerciais, industriais, rurais e o poder público, além de um secretário em nome da concessionária — participem das audiências públicas. Esta é uma forma de a ANEEL recrutar seletivamente participantes entre grupos de participação menos provável.

Conforme vimos na parte 4.1.2 do presente capítulo, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL trouxe importantes contribuições para o processo de participação social no setor de energia, ao implementar ações com possibilidade de participação pública nas decisões da agência, envolvendo a sociedade, agentes econômicos, consumidores e instituições públicas, por meio de instrumentos como audiências públicas, consultas públicas, ouvidoria setorial, conselho de consumidores, reuniões públicas da diretoria, agenda regulatória e análise do impacto regulatório.

Os Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica são instituições participativas de caráter consultivo, criadas para representar os interesses coletivos dos consumidores junto à ANEEL e às concessionárias de distribuição de energia elétrica por meio do envio de sugestões e informações sobre a qualidade do fornecimento da energia aos consumidores finais. No setor elétrico, o papel desses conselhos como representantes dos consumidores pode ser desempenhado por meio da participação em audiências e consultas realizadas pela ANEEL.

Esses conselhos possuem grande relevância para o fortalecimento da participação pública na agência, uma vez que, dotados de estrutura que não seria acessível ao consumidor médio de forma individual, asseguram, no debate promovido pela agência, que seja conferido patamar de igualdade entre os prestadores dos serviços, as instituições do poder público e os consumidores, por intermédio dos seus representantes.

A Lei nº 8.631/93 determinou, em seu artigo 13, que as concessionárias de serviço público criassem, no âmbito de sua área de concessão, os conselhos de consumidores. O Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, em seu artigo 4º, definiu que competia à ANEEL estimular a organização dos conselhos de consumidores. Para cumprir o seu papel, a ANEEL editou as Resolução Normativa nº 138, substituída pela Resolução Normativa nº 451/2011 estabelecendo as condições gerais para a formação, o funcionamento e a operacionalização dos conselhos de consumidores.

Inicialmente, vejamos quem participa e quem envia contribuições.

Tabela 1⁴¹

| Participantes e contribuições por categoria | | |
|--|--------------------|---------------------------|
| Categoria | Porcentagem | Qtd. Contribuições |
| Produtores | 74,09% | 2.699 |
| Consumidores | 17,81% | 649 |
| Poder Público | 1,29% | 47 |
| Outros | 6,67% | 243 |
| Sem identificação | 0,11% | 4 |
| Advogados | 0,03% | 1 |
| TOTAL | | 3.643 |

Como podemos observar da análise da **Tabela 1**, há uma preponderância da categoria dos “Produtores” (participantes/contribuintes), correspondendo a 74,09% de todas as contribuições enviadas, contra 17,81% de “Consumidores”, 1,29% do “Poder Público”, 6,67% de “Outros”, 0,11% de “Sem Identificação” e 0,03% “Advogados”. Esse fato se explica principalmente pela natureza do setor em questão. A regulação elétrica é um setor que impõe benefícios elevados e concentrados aos agentes e seus custos são, de certa forma, difusos para a maioria dos consumidores, fazendo com que os produtores sejam mais incentivados a se organizar e pressionar em defesa de seus interesses e que sofram mais com os problemas de ação coletiva. Além disso, esses problemas de distribuição de custos e benefício são ainda mais acentuados quando se verifica a existência de assimetria de informações e recursos emprenhados pelos agentes na construção dos

⁴¹ Fonte: Elaboração própria.

documentos enviados, documentos estes de difícil elaboração por um não especialista no setor.

Tabela 2⁴²

| Taxa de efetividade das contribuições enviadas | | |
|---|-------------------|---------------------------|
| Resultado Alcançado | Percentual | Qtd. Contribuições |
| Aceitas | 38,10% | 1.388 |
| Rejeitadas | 61,90% | 2.255 |
| TOTAL | | 3.643 |

Conforme se depreende da **Tabela 2**, o índice de contribuições efetivamente incorporadas ao documento final (38,10%) é inferior ao índice de contribuições rejeitadas (61,90%). No entanto, um percentual de 38,10% de contribuições aceitas revela a real capacidade dos grupos de interesse de alterarem o resultado final do processo decisório, ao enviarem suas contribuições.

Passando agora para a análise das contribuições por categoria, vamos identificar quais participantes efetivamente influenciam na política regulatória ou quem tem suas reivindicações atendidas.

Tabela 3⁴³

| Participantes e contribuições por categoria | | | | |
|--|----------------|----------|-------------------|----------|
| Categoria | Aceitas | | Rejeitadas | |
| | Qtd. | % | Qtd. | % |
| Produtores | 1.096 | 40,61% | 1.603 | 59,39% |
| Consumidores | 180 | 27,91% | 469 | 72,09% |
| Poder Público | 29 | 61,70% | 18 | 38,30% |
| Outros | 80 | 32,92% | 163 | 67,08% |
| Sem identificação | 2 | 50,00% | 2 | 50,00% |
| Advogados | 1 | 100,00% | - | 0,00% |
| TOTAL | 1.388 | | 2.255 | |

⁴² Fonte: Elaboração própria.

⁴³ Fonte: Elaboração própria.

De início, cumpre destacar a alta taxa de contribuições aceitas da categoria “Poder Público” (61,70%), evidenciando uma articulação não só com a sociedade, mas também com o Estado no âmbito das audiências públicas.

Por outro lado, observa-se que a categoria dos “Produtores” tem 40,61% de suas contribuições aceitas, ao passo que os consumidores têm 27,91% de suas contribuições aceitas. Tais índices demonstram uma sutil sobreposição dos interesses dos regulados. Todavia, nesse caso específico, faz-se necessário atentar para os valores brutos, de onde podemos extrair um fato curioso de que os “Produtores” têm um número de contribuições aceitas bastante elevado em comparação com o número de contribuições aceitas dos “Consumidores”.

Sobreleva notar ainda que a taxa de sucesso da categoria “Outros” é ligeiramente alta (32,92%), a significar que atores de fora do setor elétrico, como pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas de consultorias e empresas de fora do setor elétrico também estão influenciando na formulação do conteúdo da regulação.

Além disso, pode-se observar também que a taxa de contribuições rejeitadas da categoria dos “Consumidores” (72,09%) é bem maior do que a taxa de contribuições rejeitadas da categoria dos “Produtores” (59%), o que nos leva a concluir por uma moderada prevalência dos interesses dessa última categoria e nos remete para a importância do papel do órgão regulador nesse processo de integração de interesses.

Conforme ressaltamos acima, a categoria de “Consumidores” não é tão homogênea, podendo esconder diferenças em seu interior, daí porque ela foi desmembrada em três categorias diferentes: consumidores de grande porte (“Industriais/Comerciais”), consumidores de pequeno porte (“Residenciais”) e “Conselhos de Consumidores”.

Tabela 4⁴⁴

| Participantes e contribuições por categoria de Consumidores | | |
|--|--------------------|---------------------------|
| Categoria | Porcentagem | Qtd. Contribuições |
| Residenciais | 4,19% | 27 |
| Industriais/Comerciais | 16,59% | 107 |
| Conselhos de Consumidores | 79,22% | 511 |
| TOTAL | 100,00% | 645 |

Como podemos extrair da **Tabela 4**, o número de contribuições do seguimento “Conselhos de Consumidores” é preponderante, representando 79,22% do total, contra 16,59% do seguimento de consumidores “Industriais/Comerciais” e apenas 4,19% dos consumidores “Residenciais”. Esse resultado pode ser considerado inesperado, sobretudo em relação à elevada participação dos “Conselhos de Consumidores” (79,22%), a indicar que a criação de tais conselhos, conforme mencionado acima, está ajudando a incrementar a participação pública no processo regulatório da agência.

Observa-se também que o número de contribuições dos consumidores “Industriais/Comerciais” (16,59%) é bem maior se comparado ao número de contribuições oriundas dos consumidores “Residenciais” (4,19%). Isso ocorre, sobretudo, devido à necessidade de uma alta *expertise* para a elaboração desses documentos, dificilmente encontrada em um consumidor residencial que, como regra, não tem recursos nem incentivos para a especialização que tem um industrial, já que sua atividade envolve custo muito alto mais concentrado. Além disso, a participação dos consumidores “Industriais/Comerciais” se dá prioritariamente via associação, e não individualmente, como é o caso dos consumidores “Residenciais”.

Vejamos agora a taxa de efetividade das contribuições por categoria de consumidores.

Tabela 5⁴⁵

⁴⁴ Fonte: Elaboração própria.

| Participantes e contribuições por categoria de consumidores | | | | | |
|--|--------------|----------------|---------------|-------------------|---------------|
| Categoria | Total | Aceitas | | Rejeitadas | |
| | | Qtd. | % | Qtd. | % |
| Residenciais | 27 | 2 | 7,41% | 25 | 92,59% |
| Industriais/Comerciais | 107 | 24 | 22,43% | 83 | 77,57% |
| Conselho | 511 | 154 | 30,14% | 357 | 69,86% |
| TOTAL | 645 | 180 | 27,91% | 465 | 72,09% |

A análise da **Tabela 5** nos revela que a taxa de sucesso do seguimento “Conselhos de Consumidores” (30,14%) é ligeiramente preponderante em relação aos consumidores “Industriais/Comerciais” (22,43%). Por outro lado, a taxa de rejeição dos consumidores “Industriais/Comerciais” (77,57%) e “Conselhos de Consumidores” (69,86%) aproximadamente se equivalem, a revelar a existência de um certo equilíbrio entre esses dois seguimentos, especialmente pela atuação dos Conselhos dos Consumidores.

Porém, um dado que chama bastante atenção é o fato de a taxa de rejeição dos consumidores “Residenciais” chegar a 92,59%. Esse dado, aliado ao baixo índice de contribuições enviadas (apenas 4,19%) da tabela anterior, evidencia o reduzido poder de influência no processo regulatório da agência por parte dos consumidores “Residenciais”, quando estes atuam de forma individual e isolada, daí a importância da iniciativa de organizar os consumidores em Conselhos de Consumidores.

Após essa análise de aspectos mais gerais relativos às audiências públicas selecionadas, passaremos agora a uma análise mais pormenorizada de aspectos relevantes que podem ser extraídos dessas audiências. A análise a seguir delineada tem como base a **Tabela do Anexo I** do presente trabalho

Nesse sentido, a análise do material coletado e consolidado revelou que a Audiência Pública nº 038/2011 atraiu uma quantidade significativa de interessados, tanto na modalidade “Presencial” – com 90,91% dos participantes tendo a oportunidade de expor suas razões ao vivo e presencialmente -, quanto na

⁴⁵ Fonte: Elaboração própria.

modalidade “Intercâmbio Documental” – com 419 interessados enviando suas contribuições. Nela também se observa um alto índice de participação da categoria dos “Produtores” (87,11% das contribuições e 36,99% das contribuições aceitas). Esse elevado grau de interesse parece se justificar pela relevância e abrangência da matéria objeto da referida audiência pública, cujo objetivo era “obter contribuições à proposta de Resolução Normativa acerca da consolidação e revisão das regras de acesso aos sistemas de distribuição”, tendo resultado na edição de duas Resoluções Normativas: as de nº 506 e 507, ambas do ano de 2012.

Outra audiência pública que despertou elevado interesse dos agentes foi a Audiência Pública nº 078/2015, que recebeu contribuições de 482 interessados, com uma participação significativa da categoria dos “Consumidores” (77,39% das contribuições), especialmente da subcategoria “Conselhos de Consumidores” (72,41% das contribuições). A justificativa para esse elevado índice de interesse, em especial da categoria de “Consumidores” por meio dos “Conselhos de Consumidores”, reside no fato de que referida audiência pública tinha por objetivo “Obter subsídios para o aprimoramento da Resolução Normativa nº 451/2011, que estabelece as condições gerais para a criação, organização e funcionamento dos conselhos de consumidores de energia elétrica, no âmbito das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica”, ou seja, dizia respeito exatamente à criação, organização e funcionamento dos Conselhos de Consumidores, previstos na Lei nº 8.631/93 e no Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997.

Audiência Pública nº 027/2018 também atraiu muitos interessados, recebendo um total de 730 contribuições, com alto índice de participação (80% das contribuições enviadas) e alto índice de contribuições aceitas (45%) em relação à categoria dos “Produtores”. Mais uma vez, a justificativa para esse elevado grau de participação está no tema objeto da referida audiência pública, que buscava “obter subsídios para o aprimoramento das disposições do Atendimento ao Público previstas na Resolução Normativa nº 414/2010 e complementada pelo Módulo 8 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST”, matéria de grande abrangência no setor de *distribuição* de energia.

Por outro lado, agora tendo com foco audiências públicas que tiveram baixo índice de participação, tem-se a Audiência Pública nº 026/2012, com 7 contribuições enviadas e a Audiência Pública nº 074/2015, com apenas 4 contribuições enviadas. A justificativa para esse baixo índice de participação parece situar-se na pouca abrangência do tema objeto da audiência pública, que estava restrito aos interesses da categoria dos “Produtores”, tanto que na Audiência Pública nº 026/2012, do total de 7 contribuições enviadas, 7 são oriundas da categoria dos “Produtores”, e na Audiência Pública nº 074/2015, das 4 contribuições enviadas, 3 são oriundas dessa mesma categoria, sendo que, nesse último caso, nenhuma contribuição foi aceita pela agência.

As Audiências Públicas nº 048/2011, 078/2011, 026/2012, 019/2013, 046/2014 e 002/2015 e também tiveram altos índices de participação da categoria dos “Produtores” (100% das contribuições enviadas nas cinco primeiras audiências e 99,24% na última) e na Audiência Pública nº 048/2011 essa categoria atingiu o índice de 50% das contribuições efetivamente aceitas.

As Audiências Públicas nº 074/2015 e 034/216, embora ostentem altos índices de participação da categoria dos “Produtores” (75% e 66,67% das contribuições enviadas, respectivamente), apresentam taxa de sucesso igual a zero (0,00%), ou seja, nenhuma contribuição proveniente dessa categoria foi aceita, sendo que, na Audiência nº 074/2015, a taxa de sucesso da categoria dos “Consumidores” também foi igual a zero (0,00%), a revelar uma baixa taxa de incorporação no resultado final do documento nesses dois casos.

Outro dado que chama à atenção está contido na Audiência Pública nº 010/2009, na qual se verifica um alto índice de participação da categoria “Outros” (41% das contribuições enviadas e 17% das contribuições aceitas). Essa categoria “Outros”, consoante explicado acima, é uma categoria bastante heterogênea, formada principalmente de pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas de consultorias e empresas de fora do setor elétrico. O tema objeto da referida audiência diz respeito à utilização das instalações de distribuição de energia elétrica como meio de transporte para a comunicação de sinais, portanto, um tema

que também diz respeito ao setor de telecomunicação, daí o elevando grau de participação de empresas de fora do setor elétrico.

Portanto, a análise dos índices de participação que fizemos nesta parte 4.2 permite concluir que o mecanismo de consulta pública vem sendo efetivamente utilizados por outros atores que não apenas associações ou empresas do setor elétrico. Esse fato, por si só, comprova que esse tipo de mecanismo de participação tem um potencial democrático de ampliar a participação de outros atores da sociedade civil na deliberação sobre o conteúdo da regulação, que não apenas aqueles sempre fizeram parte da “tríplice aliança”, a que nos referimos no capítulo 2.

Além disso, os resultados da pesquisa demonstraram que outros interesses que não apenas os empresariais privados são levados à agência por atores diversos. Uma gama bastante variada de interesses, enfeixados na categoria que denominamos de “Outros”, aparece nas sugestões de atores variados. Assim, o simples fato de serem publicamente feitas sugestões de alteração normativa com a defesa de interesses difusos na sociedade, mesmo que de forma reduzida, por atores variados nos processos decisórios da ANEEL, é um fator que indica o potencial democrático de mecanismos de participação pública, tal como o mecanismo de audiência pública.

Por outro lado, a análise dos dados obtidos também nos indicou uma prevalência dos interesses das empresas reguladas pela agência em contraposição aos interesses dos consumidores. Tal fato pode ser explicado a partir da distribuição de custos e benefícios na sociedade, que faz com que os benefícios tenham um valor *per capita* alto para os “Produtores” (beneficiados), gerando incentivos para que os mesmos se organizem e, contrariamente, os custos tenham um valor *per capita* baixo para os “Consumidores” (prejudicados), fazendo com que estes tenham poucos incentivos para pressionarem agindo coletivamente (WILSON, 1989; OLSON, 1999).

Um ponto importante que merece destaque, sobre esse assunto, refere-se à participação dos Conselhos de Consumidores. Isto porque a instituição e manutenção desses conselhos, obrigação legal das concessionárias e da ANEEL,

se constitui no primeiro esforço institucional para diminuir as diferenças de recursos dos consumidores com relação aos produtores. Apesar de ainda ser uma iniciativa incipiente, já mostra alguns resultados positivos em seu objetivo de dotar os consumidores de maior poder diante dos produtores.

Cumprido ressaltar que o fato de as manifestações analisadas em audiências públicas representarem predominantemente interesses empresariais privados (“Produtores”) não constitui um problema em si. Esse fato apenas pode agravar os problemas reais que permitem dizer que pode haver um déficit de legitimidade democrática na formulação do conteúdo da regulação na ANEEL.

Consoante os resultados da pesquisa demonstram, não existem discrepâncias significativas entre índices de incorporação de sugestões da categoria “Produtores” (40,61%) e da categoria “Outros” (32,92%). Ao contrário, a taxa de sucesso dessas duas categorias estão relativamente próximas. Além disso, observa-se que os interesses defendidos pela categoria “Poder Público”, tem que alta taxa de incorporação de suas sugestões (61,70%), tem reflexos positivos sobre os interesses defendidos pelas categorias “Consumidores” e “Outros”.

No entanto, se é certo que o índice geral de incorporação de sugestões dos atores que participam das audiências públicas não é tão baixo (38,10%), não menos certo é que a comparação entre a taxa de incorporação dos “Produtores” (40,61%) e a taxa de incorporação dos “Consumidores” (27,91%) indica a existência de problemas quanto ao poder de influenciar o resultado final do processo regulatório.

É certo que a criação dos Conselhos de Consumidores, conforme já ressaltado acima, dotou consumidores de um maior poder em face dos produtores. Contudo, essa importante medida ainda não foi suficiente para colocar essas duas categorias em pé de igualdade, conferindo aos consumidores as mesmas condições (tempo, dinheiro e informações) hoje ostentadas pelos produtores.

Por outro lado, a garantia de que os interesses dos atores afetados pelo conteúdo da regulação sejam ouvidos no momento da formulação da norma pela

agência depende do aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública por meio da sua prática – da experiência deliberativa.

Todavia, a prática dos mecanismos de participação pública implica muito mais do que a simples realização de audiências públicas por parte da ANEEL. Essa prática implica o permanente controle do funcionamento de todos os procedimentos previstos para o funcionamento do órgão regulador. Ou seja, não basta que as audiências públicas sejam obrigatórias; as sugestões às mesmas, advindas dos vários grupos de interesses afetados pela norma a ser editada, têm de ser efetivamente analisada e incorporadas – sendo descartadas ou aproveitadas – com fundamentação dada pela Diretoria ao decidir pelo conteúdo normativo x ou y de determinada norma.

De certa forma, pode-se dizer que a ANEEL encara com seriedade o mecanismo da audiência pública, pois, conforme já mencionado anteriormente, todas as audiências públicas analisadas apresentaram o Relatório Análise de Contribuições – RAC, no qual se condensam as principais informações da audiência realizada, tais como contribuições enviadas, agentes participantes e análise feita pela agência, com as respectivas justificativas para aceitação ou rejeição de cada sugestão enviada.

Cabe destacar que, recentemente, por meio da Portaria 5.056, de 3 de maio de 2018, a ANEEL instituiu a Comissão de Apoio ao Processo Regulatório sob a Perspectiva do Consumidor, fórum opinativo que visa incrementar a participação social no processo decisório e garantir que a visão do consumidor seja avaliada nos debates realizados, por meio da análise da regulamentação. Trata-se de interessante mecanismo de correção de *assimetria de informação* entre grupos de interesses e demonstra a constante preocupação da agência com o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação.

Em conclusão, os resultados da pesquisa empírica realizada demonstram que os mecanismos de participação pública adotados na ANEEL têm um potencial democrático, dentro do sentido que procuramos dar a essa ideia de potencial no contexto do modelo habermasiano de democracia e considerando as características

da ação regulatória do Estado no Brasil antes das reformas da década de 90. Todavia, esse potencial democrático não se realizou completamente ou pode não se realizar, tendo em vista a ausência de um constante aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública por meio de sua prática e os déficits democráticos apontados capítulo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objeto de pesquisa e estudo a legitimidade decisória na ação regulatória do Estado e procurou sustentar, sobretudo, os seguintes argumentos: a) com a reforma do Estado na década de noventa, tendo como referência técnicas administrativas para regular a economia (*técnicas administrativas de correção de “falhas de mercado” e técnicas administrativas de estabilização e desenvolvimento econômico*) e modelos jurídico-institucionais concebidos a partir da experiência norte-americana e europeia, constituiu-se no Brasil um novo modelo de Estado regulador; e b) esse novo modelo regulatório tem potenciais democráticos em relação ao modelo anterior, já que introduz, no sistema político, a partir de um ponto de vista jurídico, novos mecanismos de controle democrático (*accountability*) da ação regulatória do Estado, em especial mecanismos de participação pública direta nos processos deliberativos sobre a formação do conteúdo da regulação.

Conforme vimos no decorrer deste estudo, a mera existência desses mecanismos de participação não torna a ação regulatória do Estado no Brasil mais legítima do que seria antes das reformas. Contudo, o fato de novos mecanismos decisórios terem sido institucionalizados, como *audiências públicas* e *consultas públicas*, abre um novo campo para pesquisas sobre a efetividade de tais mecanismos, considerando as condições nas quais o processo decisório sobre o conteúdo da regulação tem se dado.

No curso do presente estudo, procuramos desenvolver um modelo para análise dos déficits e potenciais democráticos do novo Estado Regulador no Brasil. Tal modelo adotou o conceito de democracia procedimental concebido por Habermas a partir do debate norte-americano sobre teorias da democracia (liberais

e republicanos), que condicionam o debate os modelos de Estado (liberal e regulador). O modelo de democracia procedimental desenvolvido por Habermas permite, conforme procuramos demonstrar, uma abordagem nova e mais sofisticada sobre o problema da legitimidade decisória da ação regulatória do Estado.

O modelo analítico adotado no presente estudo procurou ampliar, por um lado, a abordagem até então existente no Brasil para além da dimensão jurídico-formal, ao tempo em que procurou ampliar, por outro, o debate sobre *accountability* no plano do pensamento político-social brasileiro sobre Estado e democracia. O conceito de *accountability horizontal* no plano da separação de poderes foi utilizado de forma a compreender a dinâmica das condições de controle democrático intra e inter-poderes. Foi apresentada uma nova roupagem para o conceito de *accountability vertical* (a ideia *accountability deliberativa vertical*), deslocando o eixo de análise da participação direta dos cidadãos em processos eleitorais (democracia representativa) para formas de participação direta de grupos de interesse e atores relevantes no uso de mecanismos de participação pública institucionalizados no interior de burocracias estatais para deliberação sobre a formulação de políticas públicas.

Consoante vimos no capítulo 3, com uma nova releitura da questão da legitimidade no constitucionalismo moderno, resta evidente porque eficiência e legitimidade são elementos distintos na ação regulatória do Estado, porém se comunicam. E essa comunicação se revela na medida em que gerar resultados eficientes sobre a organização do sistema econômico é um dos objetivos da ação regulatória do Estado⁴⁶. Conduto, deve-se observar que uma decisão sobre o conteúdo da regulação que gera efeitos mais eficientes sobre o sistema econômico não necessariamente é legítima, a depender do modelo de democracia que se esteja adotando. Nessa perspectiva, a introdução de mecanismos de participação pública no interior das agências reguladoras independentes é perfeitamente compatível com um critério de eficiência no plano das teorias sobre incentivos econômicos e comportamento racional. Porém, o grau de adoção de mecanismos de

⁴⁶ No Brasil, a *eficiência* é um dos princípios que rege a Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

participação pública dependerá sempre das condições institucionais para a tomada de decisão em cada mercado regulado e do tipo de regulação que estiver em questão.

Conforme apontado nas conclusões do capítulo 4, a pesquisa empírica realizada demonstrou que os mecanismos de participação pública adotados na ANEEL têm um potencial democrático. Todavia, esse potencial democrático não se realizou completamente ou pode não se realizar, tendo em vista a existência de déficits democráticos. No entanto, esses déficits existentes apontam para problemas institucionais que podem ser corrigidos por meio de ajustes jurídico-institucionais em dois planos: a) mecanismos de *accountability horizontal*; e b) mecanismos *deliberativos de accountability vertical*.

A pesquisa empírica realizada também demonstrou que, no tocante à dinâmica de participação da sociedade civil na esfera pública brasileira na definição de políticas públicas do setor de energia elétrica, outros atores relevantes, que não apenas os representantes de interesses empresariais privados, têm utilizado os mecanismos de participação pública existentes. Isso revela um potencial democrático para que haja mais participação e controle sobre órgãos reguladores.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Neo-Federalism? In: Jon Elster and Rune Slagstad, eds. **Constitutionalism and Democracy** (Studies in Rationality And Social Change. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 153-194.

_____. **We the People: transformations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Texto-base: A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito**. Brasília - DF: CEAD/ UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em:
<<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

ARAGUÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Alexandre (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BECKER, G. S. "Competition and Democracy". **Journal of Law and Economics** 1 (October 1958).

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; para uma teoria geral da política**.

São Paulo: Paz e Terra. 7 ed., 1999, p. 126-133.

_____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

em:

BRASIL. **O Conselho de Reforma do Estado/Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Recomendação de 31 de maio**. Brasília: 1997. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.

BRUNA, Sérgio Valera. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAMPOS, Luciana Oliveira de. **Setor elétrico: regulação e as audiências públicas promovidas pela ANEEL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARDOSO, Fernando Henrique. **O Modelo Político Brasileiro e Outros Ensaio**. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.

CARVALHO NETO, Menelick de. **Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea**. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013a. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____, Menelick de. **Texto-base 6: Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição**. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013b. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

COUTINHO, Luciano; e REICHSTUL, Heri-Philippe. “O Setor Produtivo Estatal e o Ciclo”. In: MARTINS, Carlos Estevam. Org. **Estado e Capitalismo no Brasil**. São Paulo: Hucitec-Cebrap, 1977.

DEMSETZ, Harold. “Why Regulate Utilities?”. **Journal of Law and Economics** 11 (April 1968).

DINIZ, Eli. **Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

DWORKIN, Ronald (1985). **As ambições do direito para si próprio**. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

EVANS, Peter. **Dependet Development – the alliance of mutinational, state, and local capital in Brazil**. Princeton: Princeton University Press, 1979.

_____. Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 3. Ed., 1965, p. 175-185.

_____. **Dialética do Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. En publication: **Filosofia política moderna**. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. ISBN: 978-987-1183-47-0.

HABERMAS, Jürgen (2003). **FATICIDADE E VALIDADE: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____, Jürgen; e RAWLS, John. **Debate sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Ediciones Paidós/I.C.E da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

_____. “Três Modelos Normativos de Democracia”. **Lua Nova**, n. 36, 1995.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Vol. 1 e 2.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 1 e 2, 1997.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LAFFONT, Jean-Jacques. **Incentives and Political Economy**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **Texto Complementar: A Noção de Administração Pública e os Critérios de sua Atuação**. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2017, p. 34.

_____. Autonomia Decisória, Discricioniedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. São Paulo: Edusp, 1999.

PECI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. **Revista de Administração Pública**. Fundação Getúlio Vargas, vol. 34(5), set/out. 2000, p. 99-118.

PENALVA, Janaina. **Texto-base: Metodologia da Pesquisa Aplicada ao Direito**. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=195>>. Acesso em: 20 julho. 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A crise da América Latina: consenso de washington ou crise fiscal?** Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 21, n. 1, p. 3-23. 1991.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser.; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; WILHEIM, Jorge; SACHS, Ignacy (Coord.). **Brasil um século de transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: 34, 1998.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, P. (Org.). **Regulação econômica e democracia — o debate norte-americano**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Havard University Press, 1971.

STEWART, Richard B. **The Reformation of American Administrative Law**, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1671-88 (1975).

STIGLER, George. The Economic Theory of Regulation. **The Bell Journal of Economics**, 1971, vol. 2. p. 6.

SUNSTEIN, Cass. **After the Right Revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

_____. Interest Groups in American Law. **Stanford Law Review**, November, 1985.

_____. Constitution and Democracies: An Epilogue. In: Jon Elster and Rune Slagstad, eds. **Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality And Social Change)**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 348-349.

_____. Preferences and Politics. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 20, Issue 1 (Winter, 1991), p. 2-33.

_____. **O Constitucionalismo após o New Deal**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano (...)*.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

WILSON, James. **Bureaucracy: what government agencies do and why they do it**. Nova York: Basic Books, 1989.