



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

LUÍS HENRIQUE BAETA FUNGHI

**REGULAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: O CASO DOS
TRANSPORTES TERRESTRES NO BRASIL**

Brasília
2012

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**REGULAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: O CASO DOS
TRANSPORTES TERRESTRES NO BRASIL**

Autor: Luís Henrique Baeta Funghi

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica”.

Brasília, 29 de março de 2012.

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUÍS HENRIQUE BAETA FUNGHI

Regulação e legitimidade democrática: o caso dos transportes terrestres no Brasil

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica”.

Aprovada em: 29 de março de 2012.

BANCA EXAMINADORA

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

Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto
(Membro externo – USP)

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(Membro interno – FD/UnB)

Profa. Dra. Ana Frazão (Suplente – FD/UnB)

Agradecimentos

Agradeço à minha família, especialmente à minha mãe por todo incentivo e segurança. Ao meu orientador, Prof. Márcio Iorio Aranha, pela confiança, diálogo e pelo grande aprendizado.

À Universidade de Brasília pela diversidade e aos Professores e Alunos da Faculdade de Direito pelo acolhimento, incentivo e oportunidade de convivência em um ambiente de profundas e instigantes discussões. Destaco ainda a participação dos Professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais pelo incentivo à pesquisa jurídica, em especial ao Prof. Carlos Vitor Alves Delamonica e à Profa. Maria Tereza Fonseca Dias pela introdução nos estudos do Direito Administrativo.

Agradeço aos amigos do escritório Aroeira Salles Advogados pelo convívio, incentivo e discussões que muito contribuíram para a construção dessa dissertação, com destaque a Alexandre Aroeira Salles, Francisco Freitas de Mello Franco Ferreira, Marina Hermeto Corrêa e Tathiane Vieira Viggiano Fernandes que tanto apoiaram essa empreitada no planalto central.

Sou grato também a todos aqueles que, ainda que indireta e inconscientemente, contribuíram na formação de minhas idéias e superação e aprofundamento de muitos de meus questionamentos.

Finalmente, à Laura pelo incondicional e imensurável apoio nessa caminhada. Por todo o amor. Enfim, pelo inefável.

Se eu tivesse vontade de encomendar um anel para mim, escolheria a seguinte inscrição: “Nada passa”. Acredito que nada passa sem deixar marcas e que cada pequeno passo nosso tem um significado para a vida presente e futura.

A. P. Tchekhov

Resumo

A expansão das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro no fim do século XX representou a adoção pelo Estado brasileiro de um modelo de regulação normativa concentrada de diversos setores de interesse público, resultando na produção, por tais entidades administrativas, de normas jurídicas que espelham determinações políticas, diretrizes e metas de desempenho de determinado setor fundadas na garantia de direitos fundamentais. Todavia, a hipótese aferida na presente dissertação é que a instituição de agências reguladoras com amplos e importantes poderes normativos não foi acompanhada necessariamente por um paralelo movimento de democratização do processo normativo que lhes é inerente, não em termos representativos, mas sim participativos dos cidadãos envolvidos e atingidos pela regulação estatal. Tal questionamento é adequado considerando a grande repercussão dos atos normativos produzidos por tais agências na esfera dos cidadãos, explicitando-se a importância da participação social em tais processos normativos, especialmente se for considerado o processo de democratização por que passa a Administração Pública, com a redefinição da estrutura e importância da esfera pública. O eixo conceitual para tal afirmação encontra-se na teoria discursiva do direito e da democracia desenvolvida por Jürgen Habermas, que permite, para além de uma análise da verificação do mero atendimento às formalidades legais, uma abordagem da legitimação em termos democráticos dos processos de criação do direito, o qual apenas poderá pretender possuir uma validade legítima caso se submeta a um processo discursivo de formação da opinião e vontade políticas, em que todos os membros de uma comunidade jurídica possam expressar suas opiniões e pontos de vista nos processos de produção normativa. A hipótese é aferida e testada mediante a análise do setor de transportes terrestres, de seus mecanismos de participação democrática em seus processos normativos e de sua prática institucional, que denotam a existência de um suposto déficit de legitimação democrática das normas regulatórias produzidas por sua respectiva agência reguladora. Como resultado, surge a necessidade de se destacar a importância da participação social para legitimação dos processos normativos das agências reguladoras e, por conseguinte, da própria regulação normativa setorial desenvolvida pelas agências.

Palavras-chaves: REGULAÇÃO SETORIAL. AGÊNCIAS REGULADORAS. TRANSPORTES TERRESTRES. PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA. DEMOCRACIA.

Abstract

The expansion of the regulatory authorities in the Brazilian legal system at the end of the 20th century represented the adoption by the Brazilian state of a legal regulation model focused on several areas of public interest. These administrative entities have produced rules that reflect political determinations, guidelines and performance targets of a specific sector. Notwithstanding, the hypothesis under evaluation in the present study comprises the fact that the creation of regulatory authorities with broad and important quasi-legislative powers was not necessarily accompanied by a parallel democratization movement of its inherent legal process, not in terms of representation, but rather in terms of the participation of the citizens involved and affected by state regulation. Such questioning is appropriate because of the great repercussion of the legal acts produced by these authorities, as far as citizens are concerned. It also highlights the importance of social participation in these legal processes, especially if one takes into account the democratization process experienced by the Public Administration, with the redefinition of the structure and importance of the public sphere. The conceptual axis of such statement is based on the discursive theory of law and democracy developed by Jürgen Habermas. Beyond a verification analysis of a mere compliance with legal formalities, it allows an approach to legitimacy in democratic terms of the process of rule-making. This process will only be able to depict legitimate validity if it gives in to a discursive mechanism of the formation of public opinion and will, according to which each member of the legal community can express their opinions and points of view in the processes of legal production. This hypothesis is confirmed and tested through an analysis of the land-based transport sector, its mechanisms of democratic participation in the legal process and its institutional practices, which denote the existence of an alleged democratic legitimacy deficit of regulations created by their respective authority. As a result, there this thesis contends that studies should zero in social participation to legitimize the legal processes of regulatory authorities and, therefore, of the issued regulation of a specific sector.

Keywords: REGULATION. REGULATORY AUTHORITIES. LAND-BASED TRANSPORT. PROCESS OF RULE-MAKING. DEMOCRACY

Sumário

Introdução.....	10
1. A Teoria discursiva do direito e da democracia em Habermas	16
1.1. Considerações iniciais	16
1.2. As dimensões de validade do direito	17
1.3. O direito nas atuais sociedades complexas e plurais	21
1.4. O princípio democrático na teoria discursiva	26
1.5. A reconstrução do conceito de esfera pública	37
1.6. Possibilidades de consenso na teoria discursiva.....	46
2. Por uma releitura da Administração Pública adequada ao Estado Democrático de Direito.....	52
2.1. Considerações iniciais	52
2.2. A crise do Direito Administrativo	52
2.3. A Administração Pública nos paradigmas do direito	57
2.3.1. A Administração Pública no Estado Liberal	59
2.3.2. A Administração Pública no Estado Social.....	63
2.4. A reconstrução da esfera pública para uma Administração Pública Democrática.....	66
3. Pressupostos para análise das agências reguladoras brasileiras	73
3.1. Considerações iniciais	73
3.2. Um exercício de teoria da regulação	74
3.2.1. Fundamentos da regulação	75
3.2.2. Regulação e desregulação.....	85
3.3. O Estado Regulador.....	89
3.3.1. Antecedentes históricos	89
3.3.2. Origens e fundamentos do Estado Regulador.....	97
3.4. As agências reguladoras no direito brasileiro.....	103
3.4.1. A introdução das agências reguladoras no Estado Brasileiro.....	104
3.4.2. A autonomia das agências reguladoras.....	113
3.4.3. A função normativa das agências reguladoras brasileiras	116
3.4.3.1. A questão do princípio da separação dos poderes	117
3.4.3.2. Os limites impostos pelo princípio da legalidade.....	126
4. A legitimação democrática da regulação – uma análise do setor de transportes terrestres brasileiro	132
4.1. A legitimação democrática do processo normativo das agências reguladoras.....	132
4.2. Uma análise do setor de transportes terrestres brasileiro	140
4.2.1. A estrutura do setor e sua agência	140
4.2.2. Instrumentos de participação social na regulação normativa concentrada desenvolvida pela ANTT.....	146
4.3. Análise das audiências e consultas públicas da ANTT	157
4.3.1. Consultas públicas analisadas.....	159
4.3.2. Audiências públicas analisadas	164
4.3.3. Conclusões sobre as consultas e audiências públicas analisadas	171
5. Conclusões.....	175

6. Referências bibliográficas	179
7. Documentos oficiais	190

Introdução

O Direito hodiernamente passa por profundas modificações que questionam determinadas estruturas tradicionais da dogmática jurídica. Novos conceitos e institutos são introduzidos, os quais, além de provocarem expressivas mudanças, suscitam, igualmente, diversas perplexidades ainda não inteiramente equacionadas.

Dentre tais evoluções merece destaque o surgimento, nos modelos jurídicos de tradição continental européia, das chamadas agências reguladoras como expressão da regulação estatal que se apresenta como gerenciamento normativo da realidade apto a lidar com o dinamismo dos diversos setores da economia. Esclareça-se que a regulação estatal jamais se esgotou em sua vertente normativa, sendo certo que a análise e sistematização dos diversos mecanismos regulatórios disponíveis, tanto operacionais quanto normativos, dependem do grau de concentração regulatória¹ verificado em determinado período histórico de certo Estado, análise esta que oferece um instrumental analítico do papel relativo do Estado e da iniciativa privada nas atividades econômicas.

Em sua vertente normativa, a regulação representa a elaboração e imposição pelo Estado de normas gerais aos particulares no desempenho de atividades econômicas, visando a imposição de certos comportamentos e condutas - intervenção por direção - tendo por norte determinados parâmetros espelhados na garantia de direitos fundamentais. A regulação representa, assim, a intenção do Estado de direcionamento conjuntural das atividades econômicas, não entregues integralmente ao ideal de otimização funcional por intermédio da concorrência, que objetiva a concretização de um modelo ideal de funcionamento do sistema, regido por regras e princípios de garantia dos direitos fundamentais envolvidos. Responsáveis em certa medida pela regulação normativa há as agências reguladoras, caracterizadas no direito brasileiro como entidades autárquicas, em regime especial, que integram os aspectos estruturais e organizacionais do Estado para fins de especialização, celeridade e maior autonomia decisória. Sob um ponto de vista de certa forma pragmático, a instituição dessas agências no sistema brasileiro representou a pretensão de despolitização da regulação de setores da economia, com o objetivo de se criar um ambiente regulatório não

¹ Sobre o conceito de concentração regulatória e suas implicações Cf. (AGUILLAR 1999, 211-215). Tal conceito será objeto do terceiro capítulo do presente trabalho.

diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial².

Paralelamente a tal fenômeno, despontou-se uma progressiva aproximação entre Administração e cidadão, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade e do rompimento da concentração da dimensão pública na figura exclusiva do Estado, o qual não mais monopoliza a função de definição e execução das atividades e finalidades públicas, tidas como de interesse da coletividade. No termos do paradigma³ do Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo passa por um processo de reestruturação de seus conceitos e institutos, de descoberta de novas formas de atuação da Administração e esfera pública, em um movimento de busca de legitimação da atuação administrativa em termos democráticos, possibilitando e fomentando, assim, a participação dos cidadãos mediante instrumentos deliberativos de participação.

Hodiernamente, a atividade administrativa deve desenvolver formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de Direito, ou seja, que possibilitem que os indivíduos atingidos pela atuação administrativa possam tematizar seus interesses nos processos de decisão do Estado. Sob esse viés, a imperatividade e coerção, atributos clássicos da atuação administrativa, acabam por conviver com formas consensuais e deliberativas de estabelecimento e coordenação das atividades administrativas, o que implica na necessidade de institucionalização e ampliação dos canais de comunicação entre a Administração e a sociedade na busca de se legitimar democraticamente a atuação administrativa.

Considerando as premissas enunciadas, constata-se que as agências reguladoras instituídas no ordenamento jurídico brasileiro possibilitam a abordagem de novas questões referentes à necessidade de se incrementar os mecanismos de participação democrática e a própria participação na fixação dos parâmetros regulatórios e destinos

² Nesse sentido, conferir os objetivos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

“A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, que funcionam diretamente sob seu comando, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não-estatais - operem muito mais eficientemente.

Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em agências autônomas, e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial: as organizações sociais” (BRASIL 1995).

³ A expressão “paradigma” é utilizada no presente estudo nos termos do pensamento de Thomas Kuhn, representando “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modulares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”(KUHN 1998, 13).

de determinado setor de atividades de interesse público sujeitos à regulação estatal normativa. E tal preocupação é necessária, visto o atual movimento de incremento da função normativa desenvolvida por essas entidades e o fato de tal questão, de certa forma, em regra somente ser abordada nos termos e limites da democracia representativa, em que se discutem os mecanismos de escolha dos dirigentes das agências reguladoras e os possíveis conflitos derivados da existência de posições divergentes entre as decisões adotadas pelos dirigentes de tais entidades e o programa de governo do Poder Executivo aferido pelo sufrágio universal. Igualmente, não se pode desconsiderar que o atual modelo regulatório brasileiro insere-se em um contexto social plural, complexo e fragmentado, no qual os indivíduos são movidos por distintos e diversos interesses e necessidades em uma sociedade integrada por diferentes valores e visões de mundo, o que acaba por interferir diretamente na definição do interesse e atividades públicas, voltadas para o interesse da coletividade e objeto da regulação.

Tais circunstâncias conferem maior relevo à questão da legitimidade democrática da regulação normativa produzida pelas agências reguladoras, já que as atuais discussões não possibilitam uma fundamentação democrática dos amplos poderes normativos conferidos a tais entidades. Não se pode simplesmente negar a busca de uma resposta a tal questão, não podendo se acatar, por sua facticidade, tal poder normativo, muito menos negá-lo, especialmente em razão da crescente competência normativa atribuída à Administração Pública, a qual não se restringe, tão somente, ao âmbito das agências reguladoras. Debate-se um novo perfil regulatório da Administração que deva ser competente para garantir a excelência dos serviços prestados e, concomitantemente, promover a inclusão democrática dos cidadãos na definição e consecução da atividade administrativa.

Neste contexto, o presente trabalho indagará a atuação das agências reguladoras em batimento com o paradigma do Estado Democrático de Direito, buscando-se averiguar, a partir do processo democrático de participação dos possíveis interessados, o nível de legitimação das normas jurídicas produzidas para regulação de setores de interesse público. Considera-se a idéia de que os processos normativos desenvolvidos pelas agências reguladoras não podem prescindir da efetiva participação dos cidadãos, interessados ou não, gerando, por conseguinte, legitimidade a tais normas.

É com base nesse fundamento que se buscará nesta pesquisa demonstrar a necessidade de se processualizar as atividades afetas às agências reguladoras, especificamente seu processo normativo, tendo-se por base a efetiva participação

democrática dos particulares, para que se possa suprir esse “déficit democrático” de tais entidades, no sentido também de aumentar as redes de controle sobre suas atividades.

Para tanto, utilizar-se-á a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia desenvolvida por Jürgen Habermas, mediante a qual o processo democrático para a constituição do direito compõe a fonte de legitimidade pós-metafísica das normas e decisões jurídicas na atualidade, à medida que garante que os mais variados tipos de discursos e argumentações sejam manejados de forma livre em um processo racional, imparcial e discursivo de formação da vontade política e produção de normas jurídicas. O estudo da regulação normativa, sob o viés da teoria habermasiana, justifica-se pela necessidade de participação social na produção das normas jurídicas de regulação setorial, mediante a criação de espaços de deliberação democrática que possibilitem a promoção da participação daqueles atingidos pela regulação, bem como de todos os possíveis interessados, com vistas à definição de soluções corretas e adequadas dentre às possíveis variáveis existentes para consecução do interesse público, afastando-se, também, o risco da produção de uma regulação setorial normativa para atendimento exclusivo dos interesses do próprio Estado ou de grupos de interesses econômicos.

Todavia, deve-se pontuar que o presente trabalho trata-se de uma iniciativa restrita, que não possui a pretensão de propor novas fundamentações para a função e processos normativos das agências reguladoras, mas apenas sistematiza e organiza tais aspectos a uma proposta já existente na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Assim, este estudo se desenvolve no sentido de se explicitar a importância conferida à dimensão procedimental e democrática da regulação normativa desenvolvida pelas agências, demonstrando-se, por conseguinte, que a produção de um direito legítimo, em termos democráticos, demanda a garantia de determinadas condições referentes ao processo por meio do qual esse direito é produzido.

Para que se possa contar com um modelo normativo de regulação normativa por parte das agências reguladoras consentâneo com a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, desenvolver-se-á o eixo da narrativa do presente estudo em quatro capítulos.

No primeiro capítulo serão apresentados os principais conceitos e fundamentos teóricos relativos à teoria discursiva do direito e da democracia proposta por Habermas. Nesse sentido, partindo dos estudos de tal autor a partir de sua obra *Faktizität und*

*Geltung*⁴, bem como de posteriores trabalhos de aperfeiçoamento de sua teoria, será discutida a questão relativa à legitimação do direito nas atuais sociedades plurais e pós-convencionais, nas quais as normas jurídicas exigem uma motivação racional para serem obedecidas. Para tanto, serão discutidas questões relativas ao pluralismo e ao princípio democrático, com o objetivo de se debater o Estado Democrático de Direito a partir do paradigma procedimental proposto por Habermas. Posteriormente, será analisada a esfera pública, com o fito de se destacar sua função na legitimação do processo discursivo de formação racional da opinião, da vontade política e, conseqüentemente, do direito. Fixados tais pontos, será discutida a possibilidade de obtenção do consenso a partir da teoria discursiva. Tal capítulo, ao fixar os pressupostos teóricos da teoria discursiva habermasiana possibilitará uma análise crítica acerca da prática institucional das agências reguladoras afeta aos seus processos de produção normativa voltados à regulação de determinado setor.

Por sua vez, no segundo capítulo será apresentada e discutida a crise paradigmática por que passa o Direito Administrativo, explicitando-se os atuais questionamentos e heterodoxias a respeito da perspectiva autoritária e unilateral da atividade administrativa, representada por uma Administração Pública que reduz a esfera pública a si própria, anulando as possibilidades de participação da sociedade no sistema administrativo. Partindo de tal constatação, analisar-se-á a Administração Pública nos paradigmas do direito, atentando-se para a necessidade de se redefinir os princípios e premissas da atividade administrativa rumo à cidadania, à participação democrática dos cidadãos na conformação e consecução do interesse público. Demonstrar-se-á a necessidade de se refletir sobre os instrumentos de participação da esfera pública na atividade administrativa, garantindo-se, assim, um grau mais elevado de consensualidade e legitimação na atuação da Administração Pública.

No terceiro capítulo, assim como em seus precedentes, preocupar-se-á em estabelecer os fundamentos teóricos que embasarão a pesquisa. Dessa forma, serão analisados os pressupostos teóricos e fundamentos do Estado Regulador, assim como da função reguladora, dando-se enfoque à regulação setorial exercida pelas agências reguladoras. Serão apresentadas as principais características de tais entidades, especialmente quanto ao seu poder normativo. Nesse ponto, especificamente quanto ao

⁴ Neste trabalho serão utilizadas as versões traduzidas para a língua espanhola (*Facticidad y Validez*) e portuguesa (*Direito e Democracia*) da obra *Faktizität und Geltung* de Habermas, bem como de tradução realizada pelo Prof. Menelick de Carvalho Netto para fins exclusivamente acadêmicos. Todas as traduções de textos em língua estrangeira são de responsabilidade do autor.

poder normativo das agências reguladoras, serão apresentadas discussões acerca da função normativa conjuntural do Poder Executivo, analisando tal atividade normativa à luz dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, no sentido de se justificar e de se delimitar a competência normativa das agências reguladoras. Dessa forma, será possível se estabelecer os necessários conceitos acerca da regulação setorial, especialmente mediante a atividade normativa das agências reguladoras, de modo que, ao se estabelecerem os contornos de tal atividade será possível, no capítulo seguinte, proceder à análise do processo normativo das agências reguladoras, à luz da teoria discursiva, no sentido de se verificar a utilização de mecanismos de legitimação democrática em tais processos.

O quarto capítulo é dedicado ao encontro dos estudos empreendidos nos capítulos anteriores em um ambiente concreto e de pouco atenção da doutrina brasileira: o setor de transportes terrestres, especificamente a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Nesse capítulo será apresentada a estrutura do setor de transportes terrestres e sua respectiva agência, a ANTT, com suas competências e atribuições. Posteriormente, pretende-se analisar os mecanismos e procedimentos de participação democrática nos processos normativos da ANTT, sendo, em seguida, analisada a prática institucional de tal agência em sua atividade de produção normativa, sob o enfoque da teoria discursiva, no sentido de se constatar a possível existência de um déficit de legitimação democrática em tais processos. Sob essa proposta, casos concretos serão analisados.

Por fim, na conclusão da presente investigação serão apresentados os resultados das análises empreendidas, destacando-se as principais características que se espera de um modelo participativo no âmbito dos processos normativos das agências reguladoras, de forma a se legitimar democraticamente a regulação normativa setorial desenvolvida por tais entidades.

1. A Teoria discursiva do direito e da democracia em Habermas

1.1. Considerações iniciais

Conforme sugerido na Introdução do presente trabalho, a regulação normativa setorial promovida pelas agências reguladoras brasileiras atualmente se desenvolve em um contexto plural de indivíduos que interagem com estruturas sociais complexas, permeadas por constantes inovações tecnológicas, crescentes investimentos econômicos e insuperáveis exigências acerca da prestação de serviços adequados às necessidades dos cidadãos. Paralelamente aos debates envolvendo a eficiência regulatória da Administração Brasileira, surgem discussões acerca da legitimação das políticas regulatórias desenvolvidas, especialmente quanto à regulação normativa, ecoando vozes em defesa de uma legitimação democrática de tais normas que possa promover a inclusão e participação dos cidadãos na implementação das políticas públicas de regulação setorial.

A partir dessa constatação, acenou-se que a alternativa buscada acerca da legitimação democrática da regulação normativa desenvolvida pelas agências reguladoras partiria da teoria discursiva do direito e da democracia desenvolvida por Jürgen Habermas. Dessa forma, no presente momento torna-se necessário fixar os pressupostos da referida teoria para, posteriormente, se fazer uma crítica à prática das agências reguladoras brasileiras quanto à produção das normas jurídicas legítimas de regulação setorial, especificamente no setor de transportes terrestres.

Como melhor se esclarecerá a seguir, Habermas parte do pressuposto de que o Estado de direito necessariamente vincula-se à democracia, não podendo se conceber a criação de normas jurídicas senão mediante processos deliberativos institucionalizados, radicalmente democráticos, que permitam a participação igualitária de todos os possíveis atingidos, atrelando-se o processo de justificação das normas às condições ideais de comunicação dos cidadãos envolvidos. Demonstrar-se-á que a teoria discursiva desenvolvida por Habermas não pode prescindir da dimensão dialógica da política deliberativa, erigida a partir dos pressupostos comunicativos que possibilite a produção de um direito legítimo em termos democráticos.

A teoria discursiva habermasiana será explorada no sentido de fundamentar democraticamente os amplos poderes normativos conferidos atualmente às agências reguladoras, de modo que, por intermédio de uma vertente democrático-deliberativa, serão buscadas as justificativas que apontam para a necessidade da participação popular nas normas jurídicas a serem estabelecidas pelas referidas entidades administrativas.

Considerando tal finalidade, no presente capítulo será exposta a teoria discursiva do direito e da democracia proposta por Habermas, caracterizada por sua proposta democrática quanto aos processos de produção legítima do direito. Inicialmente serão discutidas as dimensões de validade do direito, a partir das quais se discutirá a possibilidade de imposição de expectativas de comportamento além da coerção, mediante condutas orientadas pelo respeito livre à própria norma jurídica. Posteriormente, será analisada a questão da fundamentação e produção do direito nas atuais sociedades complexas e pós-convencionais, marcadas pelo pluralismo e multiculturalismo, nas quais as normas jurídicas exigem uma motivação racional que considere a diversidade intransponível da sociedade para serem observadas. Após, será analisado o princípio democrático na teoria discursiva, firmando-se os pressupostos necessários para produção das normas jurídicas em termos democráticos e legítimos. Para tanto, será analisada a esfera pública, com o fito de se destacar sua função na formação da opinião pública capaz de influenciar de forma legítima o sistema político. Fixados tais pontos, será discutida a criticada possibilidade de obtenção do consenso a partir da teoria discursiva para busca do entendimento mútuo na definição das regulações da vida em sociedade.

1.2. As dimensões de validade do direito

Habermas, partindo dos postulados de Kant, observa que as regras de direito privado, fundamentadas na liberdade contratual e de propriedade, servem como modelo para esclarecer o modo complexo de validade do direito em geral, no qual a facticidade de imposição do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo racional de normatização do direito (HABERMAS 2010, 48). A validade do direito seria determinada pela sua adequação a procedimentos jurídicos válidos cujas normas produzidas passam a ter sentido vinculante (L. MOREIRA 1999, 137), estabelecendo,

conseqüentemente, as condições para uso da força pelo Estado para impor o cumprimento do direito.

Considerando tais premissas, o direito se relaciona com a autorização para uso da coerção necessária a eliminar possíveis empecilhos às liberdades subjetivas dos indivíduos, de forma que as regras de direito estatuem as condições para o uso da coerção, sendo possível se alcançar um comportamento legal mediante a singela conformação da conduta dos indivíduos às disposições legais, independentemente de qualquer razão moral (HABERMAS 2010, 49). Logo, basta a percepção das condições para utilização do uso da força para que os indivíduos possam agir conforme as normas jurídicas, pois o direito passa a ser entendido como uma categoria que se vale da coerção, monopolizada pelo Estado, toda vez que alguém, pelo uso abusivo de sua liberdade, ocasionar empecilhos à liberdade alheia. Nesse contexto, a relação entre facticidade e validade estabiliza-se na validade jurídica e se apresenta como uma relação interna entre coerção e liberdade (HABERMAS 2010, 48-49).

Todavia, não se deve considerar que a integração social não seja também possível sob o ponto de vista moral, com base no reconhecimento não coagido e racionalmente motivado dos indivíduos de regras normativamente válidas. Como observa Habermas, embora pretensões de direito estejam ligadas ao uso da força pelo Estado, tais pretensões igualmente podem ser fundamentadas e seguidas por “respeito à lei” (HABERMAS 2010, 48), ou seja, por uma ação autônoma que respeita as normas jurídicas por dever, possibilitando que o direito possua um duplo aspecto de validade, já que normas jurídicas são concomitantemente leis de coerção e leis de liberdade.

Transportando esse cenário para teoria da ação, Habermas esclarece que a validade do direito pode se explicar através da referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua legitimidade (*Gültigkeit*) (HABERMAS 2010, 50). A validade social do direito será determinada pelo grau de aceitação na sociedade ao direito, pela adesão fática da sociedade às suas prescrições, considerando a possibilidade de imposição de sanções pelo Estado, enquanto a legitimidade do direito, por sua vez, decorre da resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa, de forma que o caráter de legitimidade do direito será medido através da racionalidade do processo legislativo. Por conseguinte, pode-se afirmar que a legitimidade de uma norma jurídica independe de sua eficácia, do fato de a mesma conseguir se impor, sendo que, no entendimento habermasiano, a validade social do direito varia de acordo com a aceitação dos indivíduos de determinada comunidade na

legitimidade do ordenamento jurídico, ou seja, na fundamentabilidade de suas normas (HABERMAS 2010, 50).

Devido à circunstância de o direito se referir tanto à validade fática quanto à legitimidade da pretensão normativa, permite-se ao indivíduo escolher entre dois enfoques distintos em relação à mesma norma jurídica: um objetivador e outro performativo (HABERMAS 2010, 51). O indivíduo que parte de um enfoque objetivador tem a norma jurídica como um obstáculo fático para obtenção de seu sucesso próprio considerando a respectiva sanção decorrente de sua transgressão, de forma que ao agir estrategicamente o indivíduo considera a norma jurídica no nível dos fatos sociais que limitam externamente seu espaço de opções. Por sua vez, mediante a perspectiva performativa, a norma jurídica passa a ter um sentido deontológico para a ação, situando-se no nível de expectativas obrigatórias de comportamento sobre as quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre os indivíduos (HABERMAS 2010, 51-52).

O direito espera obediência de seus destinatários e os deixa livres para, ao considerar as normas apenas como uma restrição de suas condutas, se portarem estrategicamente considerando as conseqüências previsíveis de possível violação às normas jurídicas, ou para cumprir as normas por respeito a resultados de uma formação comum da vontade que demandam legitimidade para si (HABERMAS 2002a, 287). Em face de tais considerações, conclui Habermas que um indivíduo poderá atribuir a uma norma jurídica a condição de um fato com conseqüências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa de comportamento (HABERMAS 2010, 52). Em outros termos, a validade de uma prescrição jurídica surge da combinação de dois fatores: da capacidade de o Estado, usando a coerção caso necessário, de assegurar um consentimento comum com a lei então estabelecida, e de uma expectativa de legitimidade (MICHELMAN 2007, 214). A validade de uma norma jurídica significa que está garantida a legalidade de um comportamento, o qual poderá, devido a determinadas circunstâncias, ser imposto por meio do uso da força (sanções) ou ser alcançado por obediência à norma, “por respeito à lei” em decorrência da própria legitimidade da norma jurídica (HABERMAS 2008, 94)⁵. Esse duplo aspecto integra a

⁵ Esclarece Michelman que para Habermas a legitimidade significa a possibilidade de um consenso livre de coerção gerado a partir de uma expectativa de que o direito tomado em seu conjunto garante igualmente a autonomia de todas as pessoas, sendo que o que torna possível essa expectativa é o aparente cumprimento de certas condições institucionais para a gênese legítima das normas prescritas juridicamente (MICHELMAN 2007, 214).

compreensão do direito moderno, ao passo que se considera a validade de uma norma jurídica como uma explicação para o fato de o Estado garantir a um só tempo a facticidade social e a instituição legítima do direito, ou, como esclarece Habermas, garantir de um lado a legalidade do procedimento normativo no sentido de uma observância média das normas que podem ser impostas através de sanções e, de outro lado, a legitimidade das normas em si, da qual se espera o seu cumprimento por respeito (HABERMAS 2002a, 287)⁶.

Tal análise, de imediato, gera conseqüências para a produção do direito ao passo que revela como este deve se legitimar. Uma ordem jurídica não deve se limitar a garantir tão somente direitos subjetivos em termos negativos, pois, além disso, em uma sociedade política, o reconhecimento dos indivíduos como portadores de direitos recíprocos deve se apoiar em normas legítimas (HABERMAS 2010, 52), de sorte que a sociedade reconheça em cada um de seus membros a capacidade pessoal e inalienável de ser detentor de direitos e obrigações fundadas em normas jurídicas legítimas (L. MOREIRA 1999, 140). Considerando tais premissas, o processo de produção normativa assume papel de suma importância, pois é ele o autêntico *locus* da integração social, no qual se supõe que seus participantes saiam do papel de sujeitos de direitos privados solipsistas e assumam suas atribuições de cidadãos, adotando a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente constituída, na qual os princípios normativos relativos à regulação da convivência social estão assegurados por intermédio de uma tradição ou determinados através de um processo de entendimento segundo regras normativamente reconhecidas (HABERMAS 2010, 53).

Assim, o processo de produção normativa deve ser acessível aos cidadãos, que devem participar na condição de sujeitos de direitos que agem orientados pela busca de um entendimento intersubjetivamente alcançado, de modo que, na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos de um processo normativo eficiente sob a perspectiva da legitimação, os indivíduos que acudam ao

⁶ Como observa Jessé Souza, “o direito torna-se fundamental para o projeto habermasiano na medida em que, nas condições das sociedades pós-tradicionais, apenas ele permite a expressão simultânea de um acordo racionalmente motivado com a ameaça de sanções externas. (...) Nas condições das sociedades modernas cabe ao direito, precisamente, exonerar os atores da sobrecarga da integração social. Essa exoneração dá-se na medida em que a validade social do direito depende da facticidade artificial da ameaça de sanções pelo Estado. No entanto, esse vínculo entre facticidade e validade não é externo, como na suposição positivista de um direito que se legitima a si mesmo pelo procedimento. No contexto de uma sociedade pós-tradicional, o direito coercitivo só consegue garantir sua força integradora apenas na medida em que os destinatários de norma se vejam, ao mesmo tempo, como os autores das mesmas” (SOUZA 2000, 84-85).

processo normativo não possam ser tidos como sujeitos privados e isolados, mas sim considerados como participantes de um processo orientado pelo entendimento mútuo. A positivação das normas jurídicas gera a expectativa de que o processo democrático de produção de normas jurídicas fundamente a suposição da aceitabilidade racional dessas normas, resultantes de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos (HABERMAS 2010, 54):

O tipo de posição cognitivista que Habermas deseja defender é uma posição que segue a tradição kantiana argumentando, em primeiro lugar, que normas válidas são normas que possuem a qualidade de equidade ou imparcialidade; em segundo lugar, que essa qualidade pode ser expressa por alguma versão do princípio de universalização e, finalmente, que esse próprio princípio pode ser racionalmente justificado (WHITE 1995, 55).

O processo de positivação do direito, caracterizado como uma prática intersubjetiva de entendimento, legitima a suposição de racionalidade e validade das normas jurídicas, ou seja, o processo de produção normativa, cercado por cuidados e prescrições em seus procedimentos, é o fundamento legítimo que aponta para uma base de validade das normas estatuídas (L. MOREIRA 1999, 142). Não há como assegurar a legitimidade do direito tão somente através de uma legalidade que coloque à disposição de seus destinatários enfoques e motivos (enfoque objetivador) para um agir estratégico, temente à aplicação da sanção correspondente à transgressão da respectiva norma jurídica. Logo, como observa Habermas, as liberdades subjetivas de ação devem ser complementadas por outros direitos que não visam apenas à liberdade de arbítrio, mas também à autonomia, assegurando que os destinatários singulares das normas possam se considerar autores das mesmas (HABERMAS 2008, 95). Somente com a compreensão de que as normas jurídicas representam uma manifestação racional e livre dos destinatários dessas normas é que o direito se transforma em fonte primária e legítima de integração social.

1.3. O direito nas atuais sociedades complexas e plurais

Habermas, em sua busca de justificar o fator que confere legitimidade ao direito verifica que nas atuais sociedades, de cunho plural e multicultural, há evidências que as distanciam do modelo de Estado caracterizado por sociedades culturalmente homogêneas, constituídas a partir de elementos compartilhados por todos os membros da comunidade, como a religião, por exemplo, constitutivos da coesão social. Constata-

se cada vez mais uma crescente multiplicidade de formas culturais, grupos étnicos e religiosos, entre outros, que possuem diferentes imagens de mundo, o que, por certo, dificulta sobremaneira a integração social das sociedades que se mostram cada vez mais diferenciadas e autonomizadas.

Analisando o pluralismo das sociedades modernas, Habermas destaca que quanto mais se verifica o aumento da complexidade das sociedades e mais se amplia sua perspectiva, originariamente restrita a termos étnicos, religiosos ou de tradição, com maior força se produz a pluralização de formas de vida (HABERMAS 2008, 87). A evolução da sociedade fez com que as zonas de convergência sobre as questões de fundo, em torno das quais se encontrava um consenso tácito, fossem reduzidas, desprendendo-se de fundamentações metafísicas, passíveis de tematização por vontades em constante comunicação e circulação. As atuais sociedades passam a ser movidas por distintos interesses e necessidades, integradas por diferentes valores, visões de mundo e projetos de vida. Em outros termos, à proporção que se aumenta a complexidade das sociedades e se alarga a perspectiva inicialmente restrita a termos etnocêntricos, reduzem-se as áreas de sobreposição ou de convergência de crenças de fundo que caracterizam o mundo da vida⁷ (HABERMAS 2008, 87). O mundo da vida é integrado por três componentes estruturais distintos: a cultura, a sociedade e a personalidade:

Na medida em que os atos se entendem mutuamente e concordam sobre a sua condição, eles partilham uma tradição cultural. Na medida em que eles coordenam suas ações por intermédio de normas intersubjetivamente reconhecidas, eles agem enquanto membros de um grupo social solidário. Os indivíduos que crescem no interior de uma tradição cultural e participam da vida de um grupo internalizam orientações valorativas, adquirem competência para agir e desenvolverem identidades individuais e sociais (ARATO e COHEN 1994, 153).

Trata-se de sociedades pós-convencionais, conceito desenvolvido por Lawrence Kohlberg sobre os estágios evolutivos da consciência moral aplicado por Habermas à

⁷ O mundo da vida (*Lebenswelt*) representa a situação em que locutor e ouvinte se encontram, onde são capazes, reciprocamente, de pretender que suas declarações ajustem-se ao mundo, e onde são capazes de criticar e confirmar reivindicações válidas, decidir suas divergências e obter acordos (HABERMAS 1987, 126). Como destaca David Ingram “(...) o mundo da vida constitui um horizonte de sentidos não-tematizados que abrange o pano de fundo contra o qual determinados itens são apresentados em relevo. (...) um acervo de conhecimento preexistente transmitido pela cultura e pela linguagem” (INGRAM 1993, 154-155). Logo, “o mundo da vida constitui um horizonte e, ao mesmo tempo, oferece um acervo de evidências culturais do qual os participantes da comunicação tiram, em seus esforços de interpretação, padrões exegéticos consentidos” (HABERMAS 2002b, 416-417).

teoria social⁸, as quais se caracterizam pelo fato de que as normas regentes desse tipo de sociedade não decorrem da tradição ou de determinada identidade ética comungada pela sociedade, mas sim de princípios universais que impõem um processo discursivo de justificação das pretensões de validade normativa (HABERMAS 2003a, 197). Em tais sociedades não há mais como se buscar a integração social a partir de um substrato aparentemente natural de um povo pretensamente homogêneo (HABERMAS 2002a, 134-135), fato este que acaba por atingir, inevitavelmente, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o qual deve se legitimar perante toda a sociedade, estabelecendo padrões de conduta neutros e imparciais, estruturando-se de modo a possibilitar que as diversas vozes assumam uma roupagem político-jurídica, permitindo que todos os cidadãos tenham efetivo acesso aos canais de produção normativa, de forma que se sintam, concomitantemente, autores e destinatários das normas produzidas legitimamente.

Partindo de tais premissas, depara-se com a questão relativa à necessidade de legitimação do direito, especialmente quando consideradas as atuais sociedades complexas e plurais, nas quais se verifica a impossibilidade da imposição de comportamentos éticos coletivamente vinculantes, bem como quando considerado o caráter formal do direito moderno, o qual independe de qualquer ingerência que possa advir de uma consciência moral (HABERMAS 2002a, 269-284). Uma perspectiva pluralista requer que o Estado preserve e promova as diversas manifestações culturais nacionais, sem fixar qualquer manifestação como parâmetro a ser imposto a todos os demais. Nas sociedades complexas exige-se a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, de modo a se tornar plausível a idéia de que indivíduos integram determinada sociedade na qual se reconhecem como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres (CARVALHO NETTO 2003, 143), ou seja, de serem livres e de exercerem sua liberdade e de se respeitarem como iguais – “igualdade na diferença”. Afirmar que os cidadãos são livres significa que nenhuma visão moral ou religiosa abrangente fornece uma condição definidora de pertença à cidadania ou o fundamento da autorização para o exercício do poder político. Por sua vez, a afirmação da igualdade entre os indivíduos significa que cada um é reconhecido como portador das capacidades

⁸ Para uma análise dos graus de evolução da sociedade (pré-convencional, convencional e pós-convencional) Cf. (HABERMAS 2003a, 146-164) e (WHITE 1995, 64-72).

exigidas para participar na discussão em torno da autorização do exercício do poder (COHEN 2007, 117).

Assim, o direito não pode se legitimar mediante uma específica forma de vida, costume, tradição ou valor, devendo, necessariamente, considerar os legítimos interesses e pretensões de cada cidadão⁹. Considerando a passagem das sociedades tradicionais às sociedades modernas, mediante um processo de racionalização social e cultural, com a inevitável diferenciação entre direito e moral (HABERMAS 2002a, 288-290), o direito somente pode cumprir sua função de estabilizar expectativas de comportamento se preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático, mediante o qual os cidadãos alcancem um mútuo entendimento acerca das normas que regulam a vivência em sociedade (M. A. OLIVEIRA 2002, 66). As decisões que possam atingir o bem-estar de uma coletividade devem ser vistas como o resultado de um procedimento de deliberação livre e racional entre indivíduos considerados iguais política e moralmente (BENHABIB 2007, 48).

O direito justificado democraticamente passa a exercer o papel outrora exercido pela religião, costumes e convenções éticas, correspondendo às exigências de uma sociedade complexa, bem como satisfazendo as condições de uma integração social que se desenvolve mediante aquisições de entendimento mútuo entre sujeitos comunicativamente atuantes.

Em um contexto de pluralismo e multiculturalismo, o consenso entre os particulares não mais pode ser concebido como uma rede de solidariedade que se sustenta em algum tipo de vinculação ética, baseado em valores compartilhados, sendo necessário se recorrer ao exercício radicalmente democrático da cidadania¹⁰ (CITTADINO 2007, 60). Sob as condições do pluralismo social, é o processo democrático, por conseguinte, que confere força legitimadora ao processo de criação do direito (HABERMAS 2002a, 292), devendo o direito englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos quando pretendam orientar a vida social por

⁹ Para uma análise dos conflitos decorrentes da relação entre direitos fundamentais, pluralismo e multiculturalidade Cf. (DENNINGER e GRIMM 2007).

¹⁰ Nesse contexto, Habermas concebe a cultura política pluralista como algo decorrente de um permanente processo de aprendizado social, sujeito a acertos e erros, sendo, contudo, capaz de corrigir a si mesmo ao passo que se assume o projeto constitucional-democrático moderno como algo aberto e inclusivo (HABERMAS 2008, 619-643). A Constituição e os direitos fundamentais devem ser tidos como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania, no qual se verifica uma tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e exclusão operada pela definição dos direitos fundamentais, no sentido de que, ao se dar visibilidade à exclusão, permite-se a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas de afirmação constitucional da igualdade e da liberdade de todos (CARVALHO NETTO 2003, 145).

intermédio do direito. Ou seja, o direito deverá englobar os princípios que tornem possível o seu processo de legitimação, de modo que regulamentações normativas somente serão legítimas caso possam contar com a concordância de todos os possíveis envolvidos enquanto participantes em discursos racionais. No Estado Democrático de Direito a vida em sociedade, ao representar uma intersubjetividade compartilhada, exige que para que o direito possa se legitimar perante a sociedade e ao mesmo tempo estabelecer padrões de conduta permita a cada cidadão acesso efetivo aos canais de produção jurídica a fim de que se sintam a um só tempo autores e destinatários das normas jurídicas (CONTINENTINO 2008, 25).

Sob tal perspectiva, é possível se reconduzir o processo de criação (justificação) das normas jurídicas às condições formais de comunicação, a uma dimensão dialógica da política deliberativa, de forma a possibilitar que todos os membros de uma comunidade, especialmente aqueles afetados diretamente por determinada norma jurídica, possam participar ativamente do processo de criação da norma, a qual será concebida democraticamente. Ou seja, só podem pretender serem legítimas as regulações normativas a que todos os possíveis afetados possam prestar seu assentimento como possíveis participantes de discursos racionais. O direito não pode obter sua legitimação de uma moral, mas somente de um procedimento democrático de formação racional da opinião e da vontade, que, em termos de pluralismo social, respeita as diferentes visões de mundo e confere ao processo de produção normativa uma força geradora de legitimidade (HABERMAS 2008, 656).

Consoante acima esclarecido, as liberdades subjetivas de ação devem ser complementadas pela introdução de direitos de comunicação e participação que possam garantir o uso público das liberdades comunicativas com iguais oportunidades para todos, atribuindo, portanto, a cada indivíduo o *status* de cidadão. Como observa Habermas, a autonomia política é um fim não alcançável mediante a busca privatística e isolada de interesses próprios e particulares, mas realizável por todos em comum mediante uma práxis intersubjetivamente compartilhada. A posição do cidadão constitui-se por intermédio de uma rede de relações igualitárias de reconhecimento recíproco que exige de cada indivíduo a adoção de uma perspectiva de participante, e não de um observador ou ator que se orienta em cada caso visando o êxito próprio (HABERMAS 2008, 627).

1.4. O princípio democrático na teoria discursiva

A partir das discussões anteriormente desenvolvidas verifica-se que o direito se estrutura no Estado moderno sob as bases de um contexto plural e multicultural que impossibilita a definição dos princípios e normas de integração social por intermédio de fundamentações metafísicas ou relacionadas à tradição, religião, usos e costumes. Nas modernas sociedades pós-convencionais a integração social se dá mediante processos comunicativos voltados para o entendimento mútuo dos indivíduos, devendo o direito ser legitimado em um contexto de autodeterminação, a partir da prática das liberdades comunicativas dos cidadãos. O direito não pode se satisfazer apenas com as exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo, igualmente, levar em consideração as condições de uma integração social que se realiza através do entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, através da aceitabilidade de pretensões racionais de validade (HABERMAS 2010, 114).

Ademais, não se pode olvidar que o direito, além de se inserir em um contexto plural, deve ser considerado como uma “lei de liberdade”, na qual suas prescrições são respeitáveis a partir do momento em que os indivíduos buscam atingir determinado comportamento legal por “respeito à lei” em si mesma, atribuindo à norma jurídica a condição de obrigatoriedade legítima de uma expectativa de comportamento. Esta circunstância, necessariamente, faz com que o processo de positivação do direito se caracterize como uma prática intersubjetiva de entendimento, de modo que o direito possa ser compreendido como uma manifestação racional e livre de seus destinatários, representando a fonte primária e legítima de integração social. O direito vale não apenas porque é posto (positivado), mas sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos (NEVES 2008, 114).

Partindo de tais premissas, com o objetivo de transformar em direito legítimo o poder político que o próprio direito pressupõe, Habermas recorrerá ao princípio do discurso e, conseqüentemente, ao princípio democrático para poder afirmar que “válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) as quais todos os que possam ser afetados por elas possam prestar seu assentimento como participantes de discursos

racionais” (HABERMAS 2008, 172)¹¹. A perspectiva da abordagem habermasiana parte do agir comunicativo¹² para articular o princípio do discurso ao direito, consagrando o princípio democrático que possibilitará a conclusão de que as normas jurídicas somente serão consideradas legitimadas democraticamente caso a produção normativa seja realizada por pessoas livres que, ao manifestarem suas opiniões e vontades, possam ser tidas como autoras e destinatárias dessas normas. Elucidando o princípio da universalização de Habermas, interessante é a comparação feita por Stephen White entre tal princípio e o desenvolvido por Kant. Para Kant, o imperativo categórico constitui um teste que cada indivíduo pode realizar monologicamente, já que cada um pergunta a si mesmo se ele pode querer que uma norma proposta seja uma lei universal. Já para Habermas, o teste é se, ou não, uma norma proposta é aceitável numa argumentação real a todos que são potencialmente afetados por essa norma, de forma que normas justificáveis são aquelas que incorporam interesses generalizáveis (WHITE 1995, 56).

Perquirindo os fundamentos de validade das normas de ação¹³, Habermas observa que, a partir do princípio do discurso, as argumentações pressupõem o princípio da universalização, o qual condiciona a validade de toda e qualquer norma à regra de que todos tenham aceitado suas conseqüências e efeitos colaterais, satisfazendo-se, assim, o interesse de cada indivíduo em cada situação particular, de modo que certa norma possa ser tida como expressão de um interesse comum a todos os possíveis afetados (HABERMAS 2003a, 85-86). Esclarece Habermas que:

(...) não basta que alguns indivíduos examinem:

- se podem querer a entrada em vigor de uma norma controversa relativamente às conseqüências e efeitos colaterais que teriam lugar se todos a seguissem; ou
- se todo aquele que se encontrasse em sua situação poderia querer a entrada em vigor de semelhante norma.

Em ambos os casos, a formação do juízo efetua-se relativamente à posição e à perspectiva de alguns e não de todos os concernidos. Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nesta medida, merecem reconhecimento intersubjetivo. A formação imparcial do juízo

¹¹ A idéia básica implícita no modelo deliberativo de democracia é a de que “somente podem ser consideradas válidas (isto é, vinculantes moralmente) aquelas normas (isto é, regras gerais de ação e arranjos institucionais) que poderiam receber a anuência de todos aqueles atingidos por suas conseqüências, se tal acordo fosse alcançado como resultado de um processo de deliberação” (BENHABIB 2007, 51).

¹² O agir comunicativo leva em conta o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação e faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção das ordens sociais (HABERMAS 2010, 35).

¹³ Normas de ação entendidas como expectativas de comportamento generalizadas na dimensão social e temporal (HABERMAS 2008, 172).

exprime-se, por conseguinte, em um princípio que força cada um, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de todos os outros (HABERMAS 2003a, 86).

Assim, toda norma válida deve satisfazer a condição de que as suas conseqüências e efeitos colaterais, que resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os possíveis afetados. Ou seja, todos aqueles cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de determinada norma devem prestar seu respectivo assentimento para que tal norma possa ser considerada legítima (HABERMAS 2010, 142). Esse assentimento se dá mediante discursos racionais desenvolvidos entre os possíveis afetados pela norma, caracterizando uma busca pelo entendimento acerca de pretensões de validade problemáticas que se realiza sob condições de comunicação capazes de permitir o movimento e discussão de temas livres, contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público¹⁴ (HABERMAS 2008, 173).

Todavia, para que possa ocorrer esse reconhecimento intersubjetivo a partir do princípio discursivo é necessário o preenchimento de determinadas condições para comunicação, necessárias ao desenvolvimento de um agir orientado ao entendimento mútuo e, conseqüentemente, para justificação das normas¹⁵. Analisando as condições ideais de fala, Miroslav Milovic destaca que qualquer sujeito capaz de agir pode participar no discurso; qualquer afirmação pode ser problematizada por qualquer participante, o qual pode expressar seu ponto de vista, desejos e necessidades a respeito de certa afirmação; ninguém poderá ser tolhido quanto à compreensão das condições anteriormente anunciadas (MÍLOVIC 2002, 273). Por sua vez, esclarece Stephen White que para Habermas as regras dos discursos são importantes ao passo que expressam “a noção de reconhecimento recíproco, por parte de cada participante, do outro como uma fonte autônoma das duas reivindicações que possuem plausibilidade e exigências

¹⁴ “O tipo de discurso admissível é agora estendido para incluir não apenas questões da verdade e da moralidade, mas também o discurso pragmático sobre o que deve ser feito em termos de traduzir o consenso em decisões vinculantes passíveis de implementação e as negociações sobre o que fazer quando os valores e interesses se mostrarem conflitantes” (DRYZEK 2000, 24-25).

¹⁵ Adota-se no presente trabalho a distinção proposta por Klaus Günther (2004) entre discursos de justificação e aplicação normativa. Os discursos de justificação se referem à validade das normas e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação ampla, através de um processo de produção normativa estruturado conforme o princípio democrático. Já os discursos de aplicação se referem à adequabilidade das normas válidas ao caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade, entendido como a coerência da norma com todas as outras e com as possíveis variantes semânticas aplicáveis ao caso concreto. Sobre o tema vide também (GÜNTHER 2000, 85-102), (M. A. OLIVEIRA 2004, 47-78) e (CHAMON JUNIOR 2004, 108-120).

iniciais iguais para justificação que devem ser tratadas (WHITE 1995, 62)¹⁶. Em síntese, a participação na deliberação deve ser regulada por normas que resguardem a todos as mesmas chances de iniciar atos de fala, questionar, interrogar e abrir o debate, bem como que possibilitem a todos o direito de questionar os tópicos fixados no diálogo e de introduzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas (BENHABIB 2007, 51)¹⁷.

O princípio do discurso esclarece o ponto de vista sob o qual se torna possível fundamentar imparcial e racionalmente normas de ação a partir do reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. Logicamente, o tipo de questionamento e o correspondente argumento podem levar a diferentes tipos de discursos que permitem respostas a problemas pragmáticos, éticos e morais, circunstância esta que permite a operacionalização do princípio do discurso (HABERMAS 2010, 144).

Aplicando-se o princípio do discurso ao direito identifica-se o princípio democrático, mediante o qual se permite a instituição de normas jurídicas legítimas, a partir de práticas comunicativas, voltadas ao entendimento mútuo que consideram argumentos morais, pragmáticos, éticos, jurídicos e políticos. O princípio democrático destina-se a fixar um procedimento legítimo de produção do direito, à semelhança do princípio discursivo¹⁸, no qual somente poderão se consideradas legítimas aquelas

¹⁶ E continua White ao afirmar que “as regras, que são constitutivas de uma situação de discurso ideal, são as seguintes:

1 ‘cada sujeito que é capaz de discurso e ação tem permissão para participar nos discursos.’

2 a) ‘A cada um é permitido questionar qualquer proposta.’

b) ‘A cada um é permitido apresentar qualquer proposta no discurso.’

c) ‘A cada um é permitido expressar suas atitudes, desejos e necessidades.’

3 ‘Nenhum locutor deve ser impedido por compulsão – seja emergente do interior do discurso ou do exterior dele – de fazer uso dos direitos assegurados em [1] e [2]’ (WHITE 1995, 62).

¹⁷ O respeito às condições de comunicação é necessário para se assegurar a racionalidade dos processos de deliberação, especialmente se considerarmos que tais processos comunicam informações, ou seja, a deliberação é um procedimento para ser informado (BENHABIB 2007, 53). A informação deve ser comunicada porque nenhum indivíduo singular pode antecipar e prever toda a variedade de perspectivas pelas quais as questões de ética e de política serão percebidas pelos diferentes indivíduos e também em razão do fato de que nenhum indivíduo singular pode ter toda informação considerada relevante para uma certa decisão que afeta a todos (MANIN 2007, 38-45).

¹⁸ “A idéia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação *moral* de pessoas *singulares*. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese

normas jurídicas que tenham se submetido a um processo discursivo e racional de formação da opinião e vontade política em que todos os possíveis afetados por tais normas possam expressar seu assentimento¹⁹. Mediante tal procedimento torna-se possível assegurar a legitimidade democrática e discursiva das normas jurídicas produzidas para realização da integração social. A concepção de justificação que fornece o cerne do ideal de democracia deliberativa pode ser apreendida em um procedimento de deliberação política em que os participantes se consideram mutuamente como iguais, que visam defender e criticar as instituições e os programas tendo como critério as considerações que os outros possuem razões para aceitar (COHEN 2007, 123).

O princípio democrático não se encontra no mesmo nível do princípio moral, muito menos com ele se confunde²⁰. Habermas não parte de uma concepção de que a moral se relaciona apenas com relações sociais que se submetem à responsabilidade pessoal, concebendo-a à luz da teoria discursiva, na qual o princípio moral ultrapassa os limites históricos casuais, exigindo-se o sentido universalista de validade das regras morais (HABERMAS 2010, 144-145). Com o fito de distinguir precisamente o princípio democrático do princípio moral, Habermas esclarece que enquanto o princípio moral é utilizado como regra de argumentação para decisões racionais de questões morais, o princípio democrático pressupõe a possibilidade da decisão racional de questões práticas a serem realizadas em discursos e negociações, das quais depende a legitimidade das normas jurídicas (HABERMAS 2010, 145). O princípio democrático preocupa-se com a forma como a opinião e vontade política podem ser institucionalizadas, através de um sistema que possa garantir igual participação dos indivíduos em um processo de produção jurídica em que se garanta os necessários pressupostos comunicativos:

Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito (HABERMAS 2010, 146).

lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo cooriginário*” (HABERMAS, 2010, p. 158, grifos no original).

¹⁹ Nas palavras de Habermas “o princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente” (HABERMAS 2010, 145).

²⁰ Em Habermas, direito e moral não se confundem, apesar de guardarem entre si uma relação íntima de complementaridade. A respeito ver (HABERMAS 2002a, 288-290) e (HABERMAS 2010, 139-154).

A vertente jurídica do princípio do discurso, convertido em princípio democrático, permite, assim, entender o processo de produção de normas jurídicas a partir da configuração do poder comunicativo idealizado no âmbito democrático de uma esfera pública.

Em desdobramento dessa busca por uma base democrática e racional para a legitimação das normas jurídicas, Miracy Gustin esclarece que a capacidade de legitimação das normas se relaciona com a efetivação de duas garantias, já que de um lado o direito deve assegurar a autonomia privada dos indivíduos em relação à “busca de sucesso e de felicidade pessoais”, e do outro o direito deve assegurar ainda, para a consecução de sua própria legitimidade, a autonomia pública daqueles a ele submetidos (GUSTIN 2009, 204-205).

Como já esclarecido, é o princípio democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito, devendo o direito englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos quando pretendam orientar a vida social por intermédio do direito²¹. Ou seja, o direito deverá englobar os princípios que tornem possível o seu processo de legitimação. Tais princípios consistem nos direitos fundamentais, os quais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir.

Analisando a proposta de legitimação do direito de Habermas, verifica-se uma relação não de oposição e antítese, mas sim de complementaridade (coesão interna), entre direitos fundamentais (autonomia privada) e soberania popular (autonomia pública), ou entre constitucionalismo e democracia, consistente na exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas por intermédio dos direitos fundamentais, de forma que estes possibilitem o exercício da soberania popular, ou seja, proporcionem a práxis de autodeterminação dos cidadãos.

O pressuposto do encontro discursivo profundamente democrático entre pessoas livres e iguais é um conjunto de normas sustentadas por instituições e direitos que governam o comportamento das pessoas umas em relação às outras de forma pertinente com a participação no discurso público (MICHELMAN 2007, 211). A perspectiva desenvolvida pela Teoria Discursiva da Democracia é fundamental para a

²¹ As categorias dos direitos fundamentais necessários à institucionalização da prática discursiva do processo de formação da opinião e da vontade política serão analisadas adequadamente mais a frente no presente tópico.

reconstrução de uma visão não conflitiva entre autonomia pública e autonomia privada (M. A. OLIVEIRA 2006, 110), já que o êxito da política deliberativa depende da institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes²², sendo os princípios do constitucionalismo, bem como os direitos fundamentais, a resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião políticas (M. A. OLIVEIRA 2006, 111).

A teoria discursiva, dessa forma, concebe os direitos fundamentais e os princípios constitucionais como uma resposta à pergunta de como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático, explicitando a necessária relação de complementaridade entre autonomia privada (constitucionalismo) e autonomia pública (democracia). Nesse ponto, importante esclarecer que, diversamente das inadequadas críticas deferidas à teoria do discurso, esta não faz com que a efetivação de uma política deliberativa dependa de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Analisando a questão, Gisele Cittadino, valendo-se das lições de Marta R. Fouz, esclarece que as estruturas do poder são as que precisam evoluir para uma solidariedade institucional e formalizada que podem ser menosprezadas pelos sujeitos sem que tal menoscabo repercuta na racionalidade do sistema que obteve tal maturidade (CITTADINO 2007, 64).

Desta maneira, a partir de uma perspectiva procedimentalista do direito e da política deliberativa, autonomia privada e autonomia pública não se opõem, muito pelo contrário, são complementares. A Constituição, articulada à perspectiva procedimentalista da política deliberativa democrática, deve ser compreendida como a interpretação e configuração de um sistema de direitos fundamentais que definem as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias que garantem, em termos constitucionais, um processo legislativo democrático. Por conseguinte, a Constituição não limita a democracia, sendo que esta

²² Como observa Habermas, “somente uma democracia compreendida em termos de teoria da comunicação é possível sob as condições das sociedades complexas (...). No meu modelo, são as formas de comunicação de uma sociedade civil, a qual surge de esferas da vida privada que se mantêm intactas, ou seja, são os fluxos de comunicação de um espaço público ativo que se encontra inserido em uma cultura política liberal os que suportam a carga da expectativa normativa” (HABERMAS 1999, 151). Acrescenta ainda Habermas que os procedimentos e os pressupostos comunicativos da formação de vontade e de opinião democráticas funcionam como os canais mais importantes para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração limitados pelo Direito e pela lei (HABERMAS s/d).

pressupõe aquela, já que é por intermédio da mediação jurídica entre canais institucionais e não institucionais que a soberania popular se manifesta enquanto poder comunicativo (M. A. OLIVEIRA 2006, 116). Nesse sentido, sustenta Habermas que:

(...) sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *médium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele (HABERMAS 2002a, 293).

Os direitos fundamentais, assim como os diversos princípios constitucionais, não podem ser considerados como uma restrição externamente imposta ao exercício da soberania popular²³, vez que são justamente os direitos fundamentais que possibilitam a institucionalização jurídica do exercício das liberdades políticas dos cidadãos em sua prática de autodeterminação. Como esclarecido por Habermas, a partir da premissa de que a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política, somente se estabelece um nexos interno entre autonomia privada e autonomia pública se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação, necessárias a uma legislação política autônoma, podem ser institucionalizadas juridicamente (HABERMAS 2010, 138). Nesse sentido:

A cooriginariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica (HABERMAS 2010, 139).

Considerando que o direito deve englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos quando pretendem orientar a vivência social por intermédio do direito, de forma a tornar possível o processo de legitimação do direito, Habermas esclarecerá que tais princípios se referem aos direitos fundamentais, os quais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas jurídicas (HABERMAS 2010, 158-159). Logo, a formação e institucionalização da opinião e da vontade política dependem da fixação de procedimentos que possibilitem a criação de condições mínimas para a efetiva participação de todos os

²³ A soberania popular (autonomia pública), interpretada sob o aspecto intersubjetivista, somente se abriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais caso vise conferir validação a si mesma enquanto poder gerado por via comunicativa, sendo que tal poder deriva das interações entre a formação da vontade institucionalizada juridicamente e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas (HABERMAS 2002a, 283).

indivíduos no processo de produção normativa (justificação), o que se realiza mediante a garantia de uma gama mínima de direitos fundamentais, devendo, portanto, o Estado ser estruturado de forma a garantir o apoio e proteção constitucional necessária à sociedade civil (DRYZEK 2000, 25). Os direitos fundamentais representam as garantias necessárias para institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia pública e privada, capaz de assegurar a pretensão de que os destinatários das normas são seus próprios autores (M. A. OLIVEIRA 2002, 137). Nesse sentido, Habermas expõe os direitos fundamentais necessários à institucionalização de uma prática discursivo-democrática para formação legítima da opinião e vontade política, classificando-os em diferentes categorias²⁴.

Inicialmente, há os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. O princípio do discurso revela que todos têm direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, de forma que somente serão legítimas aquelas regulamentações que fizerem jus a esta condição de compatibilidade dos direitos de cada indivíduo com os iguais direitos de todos (HABERMAS 2010, 160). Logicamente, o direito a iguais liberdades subjetivas concretiza-se em direitos fundamentais que são reforçados por ameaças de sanção, podendo sua observância ser imposta judicialmente contra possíveis violações ou conflitos com interesses opostos, circunstância esta que pressupõe o poder sancionatório de certa organização que tenha à sua disposição os meios para aplicação legítima da força, de forma a assegurar a observância das normas jurídicas (M. A. OLIVEIRA 2002, 72-73). Justamente por dependerem de uma acionabilidade para a plena realização desses direitos é que os mesmos não são suficientes para institucionalizar completamente o código jurídico, remetendo a outras categorias de direitos fundamentais.

Como correlato necessário dos direitos a iguais liberdades subjetivas há o direito a iguais direitos de pertinência a uma associação, ao *status* de membro de uma comunidade jurídica (direitos de nacionalidade) delimitada no espaço e no tempo com a qual seus membros se identificam e à qual possam atribuir suas ações como partes de um mesmo complexo de interações. O direito não regula somente as possíveis interações entre sujeitos capazes, mas também os contextos interacionais de uma sociedade concreta, já que as normas jurídicas se originam de um legislador histórico,

²⁴ Para uma análise mais acurada ver (HABERMAS 2010, 159-168).

referentes a um universo jurídico geograficamente delimitado e a uma coletividade de membros de determinada comunidade jurídica socialmente delimitável e, por conseguinte, com um âmbito próprio de validade²⁵ (HABERMAS 2010, 160-161). Assim, permite-se estabelecer a distinção entre membros e não-membros de certa comunidade jurídica, de modo que o *status* de membro de certa comunidade forma a base para a atribuição de posições jurídicas materiais que conformam a qualidade de cidadão em âmbito nacional.

Por sua vez, a institucionalização jurídica de um código do direito exige a garantia de instrumentos e meios jurídicos pelos quais os indivíduos prejudicados em seus direitos possam fazer valer suas pretensões. Trata-se do direito fundamental à tutela jurisdicional que representa a garantia de meios jurídico-processuais mediante os quais cada indivíduo possa afirmar suas pretensões de direito em juízo, com amplo respeito ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e igual direito à tutela jurisdicional²⁶. Por decorrência, como observa Marcelo Cattoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional pressupõe o estabelecimento de um sistema jurisdicional organizado, que faça uso do poder sancionatório para decidir os casos controversos de forma oficial e impositiva, e que empregue a capacidade organizacional do Estado para manter e desenvolver o Direito (M. A. OLIVEIRA 2002, 73).

Para Habermas, as três categorias de direitos fundamentais acima mencionadas permitem garantir a autonomia privada dos sujeitos de direito na medida em que passam a se reconhecer mutuamente em seu papel de destinatários do direito, erigindo, por conseguinte, um *status* que lhes permite a possibilidade de impor tais direitos frente aos demais membros de determinada comunidade jurídica, reclamá-los e os fazer valer reciprocamente. Contudo, ainda assim não há como se assumir uma perspectiva em que os sujeitos de direito assumam os respectivos papéis de autores do sistema jurídico, de

²⁵ Como observa Marcelo Cattoni, tal coletividade somente pode se constituir como uma comunidade jurídica se dispuser de uma instância central autorizada a atuar “por e em nome” do todo (M. A. OLIVEIRA 2002, 73), de forma que os sujeitos devem ceder os seus direitos de usar a força a uma instância que monopoliza os meios legítimos de coerção e, dado o caso, os emprega a seu favor (HABERMAS 2010, 161).

²⁶ Para Habermas, “(...) do caráter obrigatório do direito resulta a exigência de que o direito vigente, em casos de conflito, seja interpretado e aplicado obrigatoriamente num procedimento especial. Pessoas de direito só podem mobilizar as autorizações ao uso da força, acopladas aos seus direitos, se tiverem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidem autoritariamente e imparcialmente os casos de disputa no quadro das leis. À luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade da aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei etc” (HABERMAS 2010, 161-162).

forma que, para tanto, devem ser introduzidas outras categorias de direitos fundamentais.

Para que os indivíduos possam por si próprios aplicar o princípio do discurso é necessário se empreender uma mudança de perspectiva que possibilite aos indivíduos, enquanto sujeitos de direito, se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam se submeter como destinatários, de forma que, em razão de tal finalidade, devem ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os indivíduos possam avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo (HABERMAS 2010, 163). De tal circunstância resultam os direitos fundamentais à participação nos processos de formação da opinião e da vontade comum, em que os cidadãos exercem sua autonomia política e produzem normas jurídicas legítimas. É através do exercício desses direitos que os cidadãos realizam a prática da autolegislação, de autores de seus próprios direitos e das normas de ação jurídicas às quais se submeterão (M. A. OLIVEIRA 2002, 71). Dessa forma, tais direitos devem garantir a participação nos processos de deliberação e de decisão relevantes para a produção normativa de modo a que a liberdade comunicativa de cada indivíduo possa vir simetricamente à tona, o que corresponde ao estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação. Nesse sentido, esclarecedora é argumentação desenvolvida por Habermas:

A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de um uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o uso público da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta exige, por seu turno, uma transformação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos (HABERMAS 2010, 164).

Considerando tais premissas, os direitos de comunicação e participação devem ser formulados em uma linguagem que permita aos sujeitos de direito escolher a oportunidade e condições para utilizá-los, considerando que compete aos indivíduos decidir se, enquanto autores do direito, vão empregar sua vontade livre, se vão alterar suas perspectivas de modo a possibilitar que saiam de seus círculos de interesses próprios e passem a buscar o entendimento sobre as normas capazes de buscar o assentimento geral, resumidamente, se farão ou não um uso público de sua liberdade comunicativa (HABERMAS 2010, 167).

Por fim, Habermas ainda faz menção a direitos capazes de garantir o provimento do bem-estar, segurança social, proteção contra riscos tecnológicos e sociais, bem como ao provimento de condições de vida ecologicamente equilibradas.

Verifica-se a partir da perspectiva habermasiana que a compreensão discursiva do sistema dos direitos possibilita que a carga de legitimação da normatização jurídica se desloque para procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade pública política, institucionalizados juridicamente, permitindo-se, assim, explorar fontes de legitimação das quais o direito não pode dispor.

1.5. A reconstrução do conceito de esfera pública

Considerando as discussões desenvolvidas até o presente ponto, verificamos que, a partir da concepção habermasiana acerca do Estado de Direito, a política deliberativa e o direito aparecem como importantes instrumentos de integração social, ao passo que possibilitam que a esfera pública inaugure a racionalização pública da discussão política dos assuntos que envolvam os membros da sociedade. Ora, se um modelo procedimental da democracia não pode se restringir às dimensões institucionalizadas da política, estando dependente de uma opinião pública concebida em redes de comunicação formadas no seio da sociedade civil, torna-se necessário se analisar como o Estado Democrático de Direito se associa à esfera pública e qual é a compreensão habermasiana dessa esfera pública, bem como da própria sociedade civil. A análise da relação entre Estado Democrático de Direito e esfera pública é necessária considerando as discussões que serão desenvolvidas no capítulo 4, momento no qual se discutirá a possibilidade e formas de participação pública direta da sociedade na regulação normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, rumo à legitimação democrática da função regulatória desempenhada por tais entidades.

Partindo da centralidade assumida pelos processos de comunicação que emergem nas atuais sociedades complexas e funcionalmente diferenciadas²⁷, Habermas concebe a esfera pública como “uma estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil”:

²⁷ Apesar de algumas continuidades com seus trabalhos anteriores, em *Faktizität und Geltung*, Habermas mostra-se agora preocupado com a forma como os processos comunicativos advindos da sociedade civil podem influenciar os processos legislativos e políticos do Estado (DRYZEK 2000, 25), daí a importância e centralidade dos processos de comunicação na teoria habermasiana.

Este espaço público político foi descrito como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco. Nesta medida, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. É a capacidade de elaboração dos próprios problemas, que é limitada, tem que ser utilizada para um controle ulterior do tratamento dos problemas no âmbito do sistema político (HABERMAS 2003b, 91).

Deve-se ter em mente que a esfera pública para Habermas não é entendida como uma instituição ou organização, já que ela não constitui uma estrutura normativa capaz de organizar as competências e papéis de seus atores, muito menos regula o modo de pertença a uma organização. A esfera pública deve ser assumida como uma rede para comunicação de conteúdos, tomadas de posições e formação de opiniões, em que os fluxos comunicacionais são filtrados e condensados em opiniões públicas relativas a temas específicos, devendo, portanto, a esfera pública se constituir como uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento (HABERMAS 2003b, 92)²⁸. O modelo deliberativo e procedimentalista de democracia sugerido por Habermas não opera com a ficção de uma assembléia deliberativa geral, já que as características de tal modelo privilegiam uma pluralidade de modos de associação, os quais podem variar de partidos políticos, iniciativas de cidadãos, movimentos sociais, associações diversas, dentre outros. É por meio dessa rede interligada de múltiplos focos e livremente associados de formação e disseminação de opiniões, que se afetam mutuamente, é que surge a comunicação pública (BENHABIB 2007, 58).

Na esfera pública, as manifestações são escolhidas de acordo com os temas e posições eleitas, devendo as informações e argumentos serem elaborados na forma de opiniões focalizadas, as quais são convertidas em opiniões públicas através do modo como surgem e através do assentimento dos indivíduos envolvidos nas discussões²⁹. O

²⁸ “(...) o reflorescimento da perspectiva emancipadora de uma esfera pública temporã é descrito enquanto surgimento de uma pluralidade de associações orientadas para a reconstrução de uma vida pública democrática em todos os níveis societários. Os movimentos são descritos enquanto fator dinâmico na criação e expansão dos espaços públicos da sociedade civil” (ARATO e COHEN 1994, 173).

²⁹ Importante esclarecer que para Habermas, a opinião pública não é construída em sentido estatístico, visto que a mesma não representa um agregado de opiniões individuais pesquisadas individualmente, não podendo ser confundida com resultados de pesquisas de opinião (HABERMAS 2003b, 94). O conjunto de opiniões privadas concebidas de formas isoladas e desarticuladas não constituem a opinião pública, sendo que as pesquisas de opinião política somente

assentimento a temas e contribuições sobre temas específicos somente se constitui como resultado de uma controvérsia de certa forma ampla, em que as propostas, informações e argumentos podem ser elaborados de forma racional, de modo que o sucesso da comunicação pública quanto à formação da opinião pública não se mensura somente pela produção de generalidades tidas como assentidas por todos, mas sim pelos critérios formais de surgimento de uma opinião pública qualificada (HABERMAS 2003b, 94). Opinião pública esta que tem sua “qualidade” aferida empiricamente, a partir da análise das qualidades procedimentais de seu processo de formação, desmistificando, assim, a idéia, de certa forma tentadora, de que a comunicação pública poderia ser medida, de *per se*, pela “produção de generalidade”. Como nos adverte Craig Calhoun, Habermas pensa a esfera pública quanto à sua qualidade, ou seja, quanto à forma crítico-racional do discurso desenvolvido na esfera pública, e simultaneamente quanto à sua quantidade, isto é, à abertura da esfera pública a uma participação cada vez mais inclusiva (CALHOUN 1996, 4).

Produzida sob condições procedimentais adequadas, a opinião pública de “qualidade” fundamenta uma medida para a legitimidade da influência exercida sobre o sistema político, de forma que tal opinião pode ser transformada em poder político através de processos institucionalizados. Considerando que a esfera pública representa uma rede de comunicações na qual se levantam problemas, discussões e tematizações, por intermédio de procedimentos racionais voltados para o entendimento mútuo, abre-se a possibilidade para que a opinião pública, canalizada no sistema político mediante processos institucionalizados, possibilite a regulação de questões afetadas à vida em sociedade através de parâmetros racionais, no interesse comum de todos os indivíduos envolvidos³⁰. Para tanto, não se pode olvidar que as opiniões públicas representam grandes potenciais de influência³¹ política, que podem ser utilizados para a formação da vontade em todas as esferas do poder estatal.

Como observa Habermas, na esfera pública se busca influência política, porém, esta somente será obtida pelos indivíduos sobre a comunicação pública se, e somente se,

podem fornecer um reflexo da opinião pública resultante de tematizações, problematizações e discussões de temas específicos em um espaço público mobilizado.

³⁰ Nesse ponto, é importante esclarecer que, como observado por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, a esfera pública não se restringe ao processo de legitimação do poder político, sendo a mesma capaz de introduzir no âmbito do debate publicamente relevante demais matérias (BARBOSA 2005, 82).

³¹ Habermas, valendo-se do conceito de “influência” desenvolvido por Talcott Parsons, esclarece que esta representa uma forma simbolicamente generalizada de comunicação que regula interações através da convicção ou da persuasão, sendo que a influência apóia-se em uma confiança inicial em possibilidades de convencimento ainda não testadas (HABERMAS 2003b, 95).

apoiar-se, em última instância, no assentimento de um público que deve ser convencido, e não coagido, através de contribuições compreensíveis e interessantes sobre temas que eles acreditem que possua alguma relevância (HABERMAS 2003b, 96). Logicamente, nessa busca por influência na esfera pública, podem surgir atores que visam o assentimento legítimo da esfera pública e atores que se ocupam da esfera pública já constituída para tão somente aproveitar-se dela, como é o caso de grupos de interesse que utilizam seu poder na sociedade, mediante uma linguagem capaz de mobilizar convicções, para defender seus interesses e influenciar o poder político. Apesar do relativo sucesso que esses grupos de interesse podem obter, as opiniões públicas articuladas em razão do uso não declarado do poder econômico, por exemplo, perdem sua credibilidade tão logo essa fonte de poder social se torna pública, uma vez que as opiniões públicas podem até ser manipuladas, mas não compradas publicamente, nem obtidas de forma violenta. Em outros termos:

(...) nenhuma esfera pública pode ser produzida a bel-prazer. Antes de ser assumida por atores que agem estrategicamente, a esfera pública tem que reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma. E essa regularidade, que acompanha a formação de uma esfera pública capaz de funcionar, permanece latente na esfera pública constituída – e só reaparece nos momentos em que uma esfera pública é mobilizada (HABERMAS 2003b, 97).

Considerando tais premissas, a esfera pública, em sua feição política, para exercer sua função de captar e tematizar problemas da sociedade de forma geral, deve se formar a partir de contextos comunicacionais dos indivíduos virtualmente atingidos, com suas vozes e experiências díspares, os quais poderão equilibrar os problemas gerados na e pela sociedade. A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas experiências dos indivíduos, mediante canais de comunicação da esfera pública acoplados às esferas privadas, que garantem, a um só tempo, a intimidade, de um lado, e a publicidade, de outro (HABERMAS 2003b, 98).

Consoante acima esclarecido, a esfera pública é considerada como “uma estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil”, ou seja, a esfera pública na forma aqui concebida prescinde de uma base social, sendo que a sociedade civil representa essa base social. Desvinculando-se da acepção de sociedade burguesa da tradição liberal, Habermas estabelece a sociedade civil formada a partir de associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, responsáveis pela captação dos problemas sociais advindos das esferas privadas, que os condensa e

transmite à esfera pública política³². Dessa forma, a sociedade civil, a partir da concepção habermasiana, permite formar um substrato para organização do público de pessoas privadas que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo, por conseguinte, influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade pública (HABERMAS 2003b, 100). Nas palavras de Andrew Arato e Jean L. Cohen, “(...) somente uma sociedade civil organizada, diferenciada e adequadamente defendida pode ser capaz de monitorar e influenciar os desfechos dos processos de regulação sistêmica. Ao mesmo tempo, somente uma sociedade civil capaz de influenciar o Estado e a economia pode auxiliar na manutenção de direitos que constituem a condição *sine qua non* da sua existência” (ARATO e COHEN 1994, 181).

A sociedade civil, entendida como um substrato de organização do público, deve se apoiar em direitos fundamentais que fornecem as referências necessárias para sua estruturação. Inicialmente, as liberdades de expressão, reunião e associação possibilitam o estabelecimento de espaços para associações livres que podem interferir na opinião pública e tratar de temas de interesse geral. Lado outro, os meios de comunicação dessas associações, os quais devem ser suscetíveis a opiniões concorrentes, são garantidos pela liberdade de imprensa, seja, inclusive, mediante sistemas de radiodifusão, televisivos e atividades publicitárias. Além disso, tendo em vista o pluralismo e multiculturalismo inerentes às atuais sociedades, Habermas destaca que as associações da sociedade civil somente poderão afirmar sua autonomia e conservar sua espontaneidade caso estejam apoiadas em um pluralismo de formas de vidas, culturas, dentre outros (HABERMAS 2003b, 101).

Não obstante os direitos fundamentais sejam essenciais para garantir e proteger a esfera pública e a sociedade civil, ainda assim estas não estão totalmente resguardadas contra possíveis deformações. As estruturas comunicacionais da esfera pública para serem mantidas em sua integridade dependem também de sujeitos privados atuantes que a defendam, sujeitos estes que possuam consciência de que, através de suas diferentes opiniões e busca por influência, situam-se em uma empreitada comum de construção e manutenção das estruturas da esfera pública (HABERMAS 2003b, 102-103). Para uma análise da atuação dos atores sociais envolvidos na promoção de práticas democráticas

³² “O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas. Esses “*designs*” discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração” (HABERMAS 2003b, 99).

autênticas, necessário se analisar os objetivos “ofensivos” e “defensivos” perseguidos pelos atuais movimentos sociais:

Por esse motivo, o aspecto “defensivo” dos movimentos envolve a preservação e o desenvolvimento da infra-estrutura comunicativa do mundo da vida. Essa formulação captura o aspecto dual dos movimentos analisados por Touraine, bem como capta a perspectiva de Habermas de que os movimentos podem ser os portadores das potencialidades da modernidade cultural. Isso é o essencial para que os esforços bem sucedidos redefinam identidades, reinterpretem normas e desenvolvam formas de associação igualitárias e democráticas.

(...)

O aspecto “ofensivo” das ações coletivas tem como alvo a sociedade política e econômica – os âmbitos/domínios da “mediação” entre a sociedade civil e os subsistemas do poder administrativo e da economia. Certamente, isso envolve o desenvolvimento de organizações que podem exercer pressão para a inclusão nesses domínios (...). Os modos estratégicos/instrumentais de ação coletiva são indispensáveis para tais projetos. No entanto, as políticas ofensivas dos novos movimentos envolvem não só as lutas por dinheiro ou por reconhecimento político, mas também uma política de influência objetivando *insiders* políticos (e talvez econômicos) e projetos (autolimitadores) de reforma institucional (ARATO e COHEN 1995, 531-532).

Considerando tais premissas, pode-se facilmente identificar no seio da sociedade civil “atores aproveitadores” que não necessitam retirar seu poder de influência das fontes comunicativas, não reforçando as estruturas comunicacionais da esfera pública, uma vez que tais atores apenas se valem da esfera pública para consecução de interesses próprios e egoísticos. Diferentemente, há aqueles que se engajam no interior da esfera pública buscando o cumprimento de determinado programa político, mobilizando seu potencial com o intuito de convencer discursivamente seus parceiros de comunicação quanto à adequação ou necessidade do programa exposto. Agindo de tal forma, esses agentes articulam uma perspectiva ofensiva e defensiva, buscando a um só tempo a realização pragmática do programa político exposto e igualmente a preservação das estruturas de comunicação da esfera pública.

Para distinguir os agentes que se contentam em utilizar a esfera pública já constituída daqueles que participam ativamente da reprodução de suas estruturas, é necessário que se observe se tais agentes são sensíveis às ameaças que envolvem os direitos de comunicação, e se encontram dispostos a defender algo além de seus interesses próprios, impondo-se contra barreiras de exclusão e de repressão de minorias, bem como de grupos marginalizados (HABERMAS 2003b, 109).

Outra dificuldade encontrada para formação legítima da esfera pública no seio da sociedade civil refere-se à presença marcante da mídia, especialmente aquela que centraliza os meios de comunicação, podendo controlar, de certa forma, o acesso aos temas, contribuições e dos autores à esfera pública. Como observa Habermas, “a personalização das questões objetivas, a mistura entre informação e entretenimento, a elaboração episódica e a fragmentação de contextos formam uma síndrome que promove a despolitização da comunicação pública” (HABERMAS 2003b, 110). Uma solução para este problema encontra-se na organização jurídica da mídia, resguardando, todavia, a liberdade de imprensa, e na autocompreensão ética dessa corporação. Nesse sentido, os meios de comunicação de massa devem se situar como “mandatários” de um público esclarecido, capaz de aprender e criticar, aceitando imparcialmente as preocupações e sugestões do público, de modo a possibilitar que o processo político se legitime à luz desses temas, bem como se neutralize o poder da mídia e se impeça que o poder administrativo ou social seja transformado em influência político-publicitária (HABERMAS 2003b, 112). Não obstante isso, Habermas reconhece que, de fato, os meios de comunicação de massa carecem de um espaço de ação que viabilize sua independência quanto às intervenções das elites políticas e os coloque em condições de assegurar um nível discursivo de formação da opinião pública, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que irá tomar suas posições.

Concebida de tal forma, a sociedade civil poderia representar um “ponto de fuga” para o qual convergiriam as linhas de uma auto-organização da sociedade como um todo. Todavia, Habermas elucida que a sociedade civil e a esfera pública garantem uma margem de ação reduzida para as formas de organização não-institucionalizadas de movimento e expressão da política, sendo tal limitação necessária para a prática de uma democracia radical (HABERMAS 2003b, 104). Inicialmente, a sociedade civil depende de um “mundo da vida já racionalizado”, acostumado com a liberdade, pois a formação de uma sociedade dinâmica implica em uma cultura política livre. Ademais, para que a sociedade civil possa gerar um poder político legítimo, sua influência pública e política deve ser expressa mediante processos institucionalizados de formação democrática da opinião e da vontade pública, de modo que, transmutando-se a influência pública política em poder comunicativo, possa se alcançar uma legislação legítima³³. Por fim,

³³ A opinião pública não pode se impor apenas através de processos discursivos públicos informais, ainda que tenha se originado de esferas públicas autônomas, já que para gerar um poder político a influência da soberania do povo tem que abranger também as deliberações de instituições

Habermas esclarece que os movimentos democráticos da sociedade civil não possuem a capacidade de propiciarem uma sociedade auto-organizada em sua totalidade, pois, apesar de a sociedade poder diretamente se transformar, ela somente pode influir indiretamente na transformação do sistema político constituído como um Estado de Direito³⁴ (HABERMAS 2003b, 105).

A sociedade civil não assume o lugar do Estado, nem o substitui, especialmente se considerarmos o nível de complexidade atingido pela sociedade contemporânea que somente pode ser mantido às custas de estruturas que não são diretamente influenciáveis pela esfera pública³⁵. A partir da concepção habermasiana, a esfera pública é tida como uma “ante-sala” do complexo parlamentar e como uma periferia que influencia o “centro político” com seus impulsos, exercendo influência sobre os argumentos normativos utilizados, sem a intenção, frise-se, de conquistar partes do sistema político. Dessa forma, como observa Habermas, através das diversas formas de participação democrática desenvolvidas no seio a sociedade civil, as diferentes opiniões públicas são convertidas em poder comunicativo, o qual exerce um duplo efeito “a) de autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito” (HABERMAS 2003b, 187).

democráticas de formação da opinião e da vontade pública, assumindo, assim, uma forma autorizada (HABERMAS 2003b, 105).

³⁴ Todavia, deve-se pontuar que a limitação da sociedade civil não pode ser identificada como respectiva perda de autonomia, exigindo, na verdade, uma compreensão adequada das circunstâncias sociais nas quais os indivíduos se inserem (BARBOSA 2005, 83). Apesar da posição assimétrica da sociedade civil em relação às possibilidades de intervenção, esta possui a possibilidade de mobilizar um “saber alternativo”, não detido pela administração estatal, e de desenvolver “traduções próprias”, apoiadas em avaliações técnicas especializadas, acerca da regulação política em sociedades complexas (HABERMAS 2003b, 106).

³⁵ É certo que Habermas não defende que a prática de uma democracia radical possibilitaria a regulação da sociedade como um todo. Em razão do nível de complexidade atingido pelas atuais sociedades diferenciadas, a integração social depende de outros meios que não estejam atrelados à ação comunicativa, como os sistemas do Estado e do mercado. Dessa forma, o objetivo de uma democracia radical é o direcionamento de forma indireta do sistema político pela esfera pública, realizado de forma organizada e racional, sem, no entanto, jamais sobrepujá-lo ou substituí-lo. Nesse sentido, “(...) procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes escoadouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. Racionalização significa mais que mera legitimação, mas menos que a própria ação de constituir o poder. O poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas que também o programe de uma maneira ou de outra. (...) A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais” (HABERMAS 2002a, 282).

Essa necessidade de criar canais de comunicação no âmbito da esfera pública irá desencadear alterações na forma de conceber e pensar a esfera administrativa (Administração Pública), pelo emprego de um poder administrativo vinculado ao poder comunicativo, conforme será abordado no próximo capítulo.

Considerando as questões acima analisadas, inevitavelmente, defronta-se com o problema de se definir a concepção da soberania popular a partir dos preceitos da teoria discursiva do direito e da democracia desenvolvida por Jürgen Habermas. Nesse ponto, deve-se destacar que, considerando os postulados formulados por Habermas, não se pode socorrer a uma espécie de soberania popular em termos liberais ou republicanos³⁶. Considerando a perspectiva intersubjetivista decorrente da teoria do discurso, a soberania popular deve ser concebida em termos procedimentais como um poder engendrado comunicativamente. Assim, “no Estado democrático de direito, tido como a morada de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania diluída pelo discurso permanece vazio” (HABERMAS 2003b, 187-188). Como observa Marcelo Cattoni, a idéia de um “eu” coletivo desaparece nas formas de comunicação sem sujeito que regulam o fluxo das deliberações, de tal modo que seus resultados falíveis se revestem da presunção de racionalidade (M. A. OLIVEIRA 2006, 111). Nesse sentido, Habermas esclarece que o lugar simbólico da soberania popular deve permanecer vazio, o que, por certo, não equivale em desmentir a intuição contida em tal instituto:

Uma soberania popular, mesmo que se tenha tornado anônima, só se abriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais, bastante exigentes por sinal, caso tenha por finalidade conferir validação a si mesma enquanto poder gerado por via comunicativa. Sendo mais exato, essa validação provém das interações entre a formação da vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas, que de sua parte encontram uma base nas associações de uma sociedade civil igualmente distante do Estado e da economia (HABERMAS 2002a, 283).

³⁶ Para uma análise acerca do processo político de formação da vontade política a partir das tradições liberal e republicana Cf. (HABERMAS 2002a, 269-284), (HABERMAS 2003b, 18-25) e (M. A. OLIVEIRA 2006, 77-105).

1.6. Possibilidades de consenso na teoria discursiva

Até o momento, no presente capítulo, verificou-se que o Estado Democrático de Direito sugere uma justificação normativa da democracia que deve considerar a pluralidade e multiculturalidade inerente às atuais sociedades complexas e pós-convencionais, rejeitando-se a concepção do processo político como uma competição de preferências privadas egoísticas tituladas por indivíduos considerados em sua singularidade. Considerando os postulados da teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas, o Estado Democrático de Direito tem no processo político deliberativo seu núcleo de legitimação, desde que tal processo se firme nos necessários pressupostos comunicativos da livre e irrestrita discussão para formação da opinião pública, de modo que a política deliberativa acaba por depender da institucionalização de procedimentos discursivos e da garantia de condições de comunicação que possibilitem a formação racional da opinião pública.

A esfera pública, enquanto estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida, possibilita a formação da opinião pública que, expressa mediante processos institucionalizados, possui a potencialidade de influenciar legitimamente o sistema político. Ou seja, a opinião pública transmuta-se em poder político quando expressada mediante processos institucionalizados em que se discutem problemas e soluções, através de parâmetros racionais, com o fito de se buscar um entendimento mútuo acerca da regulação de diversas questões relativas à vida em sociedade. Justamente nesse ponto quanto à possibilidade de obtenção de um entendimento mútuo no interesse comum de todos os indivíduos é que a teoria habermasiana é objeto de críticas. Como observa Marcelo Casseb Continentino, tais críticas acerca da dificuldade ou até mesmo impossibilidade de obtenção do consenso advêm do fato de que os participantes do discurso nem sempre ingressam em determinada discussão com o propósito de obter qualquer consenso, seja em razão da natureza extremamente controversa das questões sobre a qual recai o discurso, ou ainda em virtude do fato de que as condições ideais possibilitadoras do discurso nem sempre se fazem presentes (CONTINENTINO 2008, 44).

Considera Marcelo Neves que Habermas sobrecarrega o mundo da vida com sua pretensão de obtenção de consenso, sendo que no Estado Democrático de Direito é notória a impossibilidade de se obter um consenso conteudístico, considerando os

diferentes valores e interesses envolvidos nos processos democráticos de formação da opinião pública e de regulação da vida em sociedade. Como o mundo da vida seria o espaço no qual se reproduz o dissenso, sendo as identidades fragmentadas e as certezas localizadas, o referido autor parte da premissa de que os procedimentos democráticos não podem se legitimar sem uma esfera pública pluralista que lhes dê fundamentação discursiva, de modo que o dissenso a respeito do conteúdo representaria uma imposição normativa da sociedade moderna (NEVES 2008, 143-144). Dessa forma, ante a pluralidade das sociedades modernas, somente se pode considerar a existência de um consenso quanto aos processos democráticos, os quais devem estar abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar práticas políticas, admitindo-se os argumentos e opiniões minoritárias como probabilidades de transformação futura dos conteúdos da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as regras processuais (NEVES 2008, 144). Haveria, por conseguinte, uma intermediação quanto ao consenso em relação ao processo e dissenso quanto ao conteúdo, o que viabilizaria o reconhecimento da diversidade de valores, interesses e expectativas que se manifestam na esfera pública enquanto concomitantemente torna os processos democráticos acessíveis às diversas esferas autônomas e conflitantes de comunicação da sociedade complexa (NEVES 2008, 146)³⁷.

Semelhante é o posicionamento adotado por Michel Rosenfeld acerca das dificuldades e até mesmo impossibilidade de se obter o consenso nos processos de justificação normativa, no sentido de que estes possam atender igualmente aos interesses de todos os participantes (ROSENFELD 1995, 1163-1189). Segundo o referido autor, é extremamente complexo se obter consenso em discussões que se fundam em conflitos de valores e interesses arraigados na sociedade, nos quais não há possibilidade de se estabelecer qualquer diálogo possível. Além do mais, não seria factível em tais situações que a vontade e argumentos da maioria pudessem convencer indivíduos que possuem posições distintas e conflitantes, sob pena, inclusive, de se impor uma ditadura da maioria.

Todavia, em que pese as críticas deferidas à sua teoria, Habermas possui consciência dos obstáculos quanto à obtenção do consenso para legitimação das normas

³⁷ E continua Marcelo Neves, “(...) em vez de recorrer-se a um modelo consensualista que tem como padrão a discussão acadêmica, afirmar-se que ele se justifica [Estado Democrático de Direito] enquanto constrói procedimentos abertos à pluralidade ética e ao antagonismo dos interesses, como também à autonomia das diferentes esferas sociais, absorvendo e intermediando equitativamente o dissenso estrutural, sem a pretensão de eliminá-lo ou evitá-lo” (NEVES 2008, 146).

jurídicas, produzidas mediante processos democráticos, em razão do pluralismo cultural e social inerente às atuais sociedades complexas³⁸. Habermas reconhece a dificuldade inerente à obtenção de um consenso em uma sociedade constituída de maneira heterogênea, mesmo em discussões que possuam um ponto de referência mais abstrato, bem como em questões de justiça claramente definidas (HABERMAS 2002a, 312-313). Todavia, apesar da possibilidade de dissenso contínuo, ainda assim, na visão habermasiana, os participantes dos processos democráticos podem se orientar pela busca de um comum acordo a princípio possível, pois, apesar das chances de o dissenso ser permanente, ainda assim é necessário que decisões sejam tomadas, e que tais decisões possam valer como legítimas³⁹, pois, se os participantes que ingressam em discussão não se orientam para a busca de um acordo racional, eles próprios desconhecem a finalidade perseguida e o motivo pelo qual iniciaram uma comunicação (CONTINENTINO 2008, 51).

Partindo da premissa da possibilidade de haver normas jurídicas legítimas, decorrentes de processos de justificação tomados em sua concepção discursiva e democrática, esclarece Habermas que se tem que supor a possibilidade de um acordo mútuo pacífico quanto às questões políticas, sem se socorrer à alternativa da mera imposição por costumes, influência ou até mesmo por meio da violência. Nesse sentido, o acordo mútuo entre os envolvidos somente poderá surgir caso aceitem por vontade própria os resultados do debate político. Tais acordos poderão resultar de convenções firmadas pela livre expressão da vontade dos indivíduos envolvidos, da aceitação de regras reconhecidas como justas e honestas, do reconhecimento racionalmente motivado de fatos, normas, valores e respectivas pretensões de validação ou ainda de procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade (HABERMAS 2002a, 314). Independentemente da forma em que o consenso é obtido, este decorrerá do discernimento atestado por via comunicativa e da liberdade de expressão da vontade

³⁸ Nesse sentido, observa Habermas que “o espectro de diferenças que precisam ser trabalhadas pelos indivíduos no plano de simples interações cresce na dimensão temporal, social e objetiva. Há intervalos sempre menores, em contatos sempre mais fugazes, precisamos nos entender com pessoas sempre mais estranhas (marcadas por origens socioculturais muito diversas) sobre problemas sempre mais numerosos e específicos (o que se agrava ainda mais com o inevitável crédito de confiança que se atribui de antemão aos especialistas no assunto em questão)” (HABERMAS 2002a, 309).

³⁹ Pondera Habermas que “se nós, como participantes de discursos políticos, não pudéssemos convencer outras pessoas, nem aprender com elas, a política deliberativa perderia seu sentido – e o Estado democrático de direito, o fundamento de sua legitimação. Se os envolvidos – certamente dotados da consciência falibilista de poder errar a todo momento – tampouco tomassem como ponto de partida que os problemas políticos e jurídicos controversos podem ter para si uma solução “correta”, então a disputa política abrandaria seu caráter deliberativo e degeneraria a ponto de se tornar uma luta exclusivamente estratégica pelo poder” (HABERMAS 2002a, 315-316).

assegurada institucionalmente, ou então pela combinação entre razão e vontade livre, regulada por procedimentos. Assim, não seria possível que os participantes abandonassem essa base comum, considerando o fato de que todos os cidadãos podem adotar como ponto de partida a Constituição que instaura uma rede de processos legitimadores para se chegar ao acordo mútuo a respeito de determinada matéria, assim como a suposição de racionalidade que se vincula a esses processos de justificação normativa (HABERMAS 2002a, 314).

Em outras palavras, a teoria do discurso esclarece a legitimidade do direito com o auxílio de processos institucionalizados e das condições ideais do discurso que fundamentam a suposição de que os processos de justificação e aplicação do direito conduzem a resultados racionais. Assim, os processos de justificação e aplicação do direito e seus resultados se legitimam enquanto possibilitam e viabilizam o consenso racional, ou seja, a tomada de decisões racionalmente generalizáveis (NEVES 2008, 145). O acordo racionalmente motivado é o pressuposto elementar para se justificar a legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Justamente na aceitabilidade racional dos resultados dos processos de legitimação democrática do direito, ainda que os participantes do discurso deles discordem, é que se revela a possibilidade de obtenção do consenso no seio de sociedades altamente complexas. Habermas interpreta a racionalidade discursiva do Estado Democrático de Direito como forma de construção do consenso na esfera pública. Ou seja, justamente em razão da inerente possibilidade de existência do dissenso é que Habermas esclarecerá que a legitimação procedimental das normas jurídicas decorrerá da aceitação racional destas pelos participantes dos discursos racionais, ainda que dessas normas discordem⁴⁰. Para tanto, a “regra da maioria” é de grande valia, pois a racionalidade procedimental dela decorrente confere força legitimadora às decisões da maioria. Esclareça-se que não é o número absoluto que justifica a racionalidade da conclusão, mas sim o pressuposto de que se um amplo número de pessoas considera certas questões de uma determinada maneira, como resultado decorrente do fato de seguirem certos tipos de procedimentos racionais de

⁴⁰ Todos aqueles que são governados por decisões coletivas devem achar aceitáveis os fundamentos para essas decisões, não se cristalizando tais decisões em uma perspectiva ética compartilhada que orienta toda a vida social. A exigência de fornecer razões aceitáveis ao exercício do poder político para aqueles que são governados por ele expressa a pertença igual de todos no corpo soberano responsável pela autorização do exercício desse poder (COHEN 2007, 125).

deliberação e tomada de decisão, então tal conclusão tem a seu favor a pretensão de ser racional até prova em contrário (BENHABIB 2007, 55).

Todavia, deve-se esclarecer que, mesmo que observados os parâmetros necessários para desenvolvimento do princípio do discurso, ainda assim tal fato não implica que a minoria tenha que modificar suas convicções pessoais ou visões de mundo. O que na verdade decorre é a necessidade de se aceitar o resultado obtido em razão da presunção de racionalidade do processo discursivo e democrático de justificação do direito (HABERMAS 2002a, 317). Apesar disso, o resultado obtido sempre será passível de posterior refutação e modificação, permanecendo as questões discutidas passíveis de questionamento posterior no seio da esfera pública, a qual, como já destacado no presente trabalho, é essencialmente plural nas atuais sociedades complexas. Diferentemente do que poderia se supor, o resultado obtido não induz a uma solução permanente e imutável da questão, a qual poderá retornar ao debate público e após novas discussões ser concebida sob outro enfoque, como num processo de correção e aprendizado que inevitavelmente acaba por fortalecer as práticas democráticas:

O que ela [minorias] pode fazer, no entanto, é aceitar por certo tempo a opinião da maioria como orientação obrigatória para sua ação, desde que o processo democrático lhe reserve a possibilidade de dar continuidade à discussão interrompida, ou então retomá-la, bem como a possibilidade de mudar a situação da maioria em virtude de argumentos (supostamente) melhores (HABERMAS 2002a, 317).

Nesse ponto, respeitadas as devidas diferenças, pode-se identificar um ponto de convergência entre a teoria habermasiana e as críticas formuladas por Marcelo Neves, pois apesar deste autor sustentar que a legitimação forjada a partir da esfera pública pluralista não resulta do consenso racional em torno do resultado do procedimento, defende ser relevante que os procedimentos, independentemente de seus resultados, permaneçam abertos para a diversidade de valores e interesses, mesmo que eventualmente “derrotados” nos termos procedimentais (NEVES 2008, 148). Novas possibilidades quanto à definição de normas jurídicas e decisões não podem ser excluídas, devendo os canais de comunicação permanecer abertos ao fluxo de informações e discussões que advém conflituosamente do mundo da vida. Quanto à possibilidade de posteriores refutações e alterações dos resultados obtidos pelos processos discursivos, vale transcrever a passagem a seguir do pensamento de Habermas:

Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como, aliás, o próprio Estado de direito conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo (HABERMAS 2003b, 190).

Em face do exposto, verificam-se os equívocos quanto às críticas deferidas à teoria habermasiana acerca das possibilidades de obtenção do consenso em processos de justificação do direito, em que pese as dificuldades enfrentadas pela política deliberativa para a produção de normas jurídicas legítimas nas atuais sociedades complexas e plurais. Tal consenso funda-se na aceitabilidade racional dos resultados obtidos através da fundamentação discursiva das pretensões universalizáveis, conferindo-se, assim, legitimidade aos processos de produção de normas jurídicas.

2. Por uma releitura da Administração Pública adequada ao Estado Democrático de Direito

2.1. Considerações iniciais

Valendo-se do eixo teórico discursivo desenvolvido por Jürgen Habermas, esclarecido no capítulo precedente, em termos gerais, deve-se considerar que público e privado não mais se opõem como domínios antitéticos, mas se supõem de forma recíproca e necessária. A autonomia privada é imprescindível à pública, pois a titularidade de direitos deve se fundamentar em uma condição de cidadania, que simultaneamente garante a autonomia pública e a privada. Nesse sentido, o presente capítulo buscará discutir as abordagens tradicionais do Direito Administrativo que têm se mostrado insuficientes para compreender a atividade regulatória normativa nos termos do Estado Democrático de Direito, com vistas a se propor a ampliação da esfera pública para além do aparato estatal, rumo à cidadania, a uma efetiva participação dos cidadãos na conformação e consecução do interesse público⁴¹.

Deve-se de antemão esclarecer que a escolha da teoria discursiva de Habermas para compreensão da atual relação entre direito e sociedade no âmbito da atividade administrativa representa apenas uma escolha entre diversas possibilidades de abordagens possíveis, sendo certo que não se ignora as demais perspectivas aplicáveis, muito menos se pretende uma leitura totalizante sobre o atual fenômeno administrativo.

2.2. A crise do Direito Administrativo

Consta como história oficial que o Direito Administrativo teria surgido na França, especificamente “cria” da Revolução Francesa, momento no qual se estabeleceram disposições que passaram a subjugar ao direito a conduta soberana do

⁴¹ Esclareça-se que, na esteia das conclusões de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a participação, mesmo que adequadamente instituída, não venha a ser panacéia, é inegável a sua importância quando devidamente aplicada para maior legitimidade e, especialmente, eficiência da ação estatal, considerando a não remota possibilidade de as decisões públicas compartilhadas com os seus destinatários serem cumpridas com mais empenho e menor resistência (MOREIRA NETO 2007, 15).

Estado em suas relações com os indivíduos. Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

(...) a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado (DI PIETRO 2007, 2).

Adota-se tal período histórico como marco a partir do qual o poder estatal passa a se subordinar à lei, mediante o estabelecimento de um correlato estatuto de direitos individuais que vinculam diretamente a Administração Pública e sua atuação. Leva-se a cabo a submissão do poder ao direito por meio da lei, a qual, além de preconizar uma igualdade formal, estabelece toda a organização do Estado (BANDEIRA DE MELLO 2007, 39).

O Direito Administrativo, em sua origem, representaria, a partir das vertentes de pensamento de Rousseau e Montesquieu, um legado da supremacia da lei (heteronormação), enquanto expressão da vontade coletiva e do ideal de igualdade de todos perante o Estado, cabendo ao Legislativo o primado da elaboração das normas jurídicas que, além de limitar a atuação estatal, anteveria suas condutas. A lei garantiria a realização do Estado de Direito, visto que é externa à ação administrativa, que tão somente a regularia, representando a manifestação da vontade geral, bem como consagraria o princípio da igualdade, por ser geral e abstrata. Surge com isso o princípio da legalidade como vinculação positiva à lei, representando a função administrativa, para resguardo dos direitos individuais e consecução do interesse público, mera atividade executiva de cumprimento estrito da lei, da vontade geral estabelecida anteriormente pela função legislativa. Esta se liga aos fenômenos de formação do direito, estabelecendo normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva, enquanto caberia à função administrativa acomodar tais preceituações abstratas e gerais em situações individuais, aplicando a lei de ofício, não criando o direito, mas, tão somente, situações jurídicas individuais (FAGUNDES 2006, 3-8).

Em síntese, a gênese do Direito Administrativo, encarecida por esse caráter protetivo contra os abusos do poder estatal, acaba por resultar na exigência de legalidade, traço organizacional específico da atuação administrativa, a qual, ao

estabelecer toda a organização política e limitar o poder, irá afirmar a supremacia da lei como única fonte de direitos e obrigações que estabelece, de forma externa e prévia, a atuação da Administração Pública.

A associação da gênese do Direito Administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes foi acolhido em nossa doutrina pátria e repetido pela doutrina de referência⁴², que sustentam essa noção garantística do Direito Administrativo para justificar sua origem e a criação de institutos jurídicos exorbitantes do “direito comum” para a consecução do interesse público.

Contudo, essa visão garantística da gênese do Direito Administrativo vem sofrendo duras críticas. Gustavo Binjenbojm considera que a juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito, mas sim teve por escopo servir de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos demais Poderes e dos próprios administrados, não vistos como cidadãos dotados de direitos perante o Estado (BINENBOJM 2006b, 9-22). Conforme lições de Paulo Otero, a idéia clássica de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através da lei, assenta um mito repetido por sucessivas gerações: a criação do direito administrativo pelo *Conseil d'État*, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a atividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do Executivo sob proposta do *Conseil d'État* (OTERO 2003, 271).

Além do mais, essa leitura tradicional, um tanto quanto romântica, acaba por igualmente não oferecer justificações adequadas a respeito de outras importantes questões, não permitindo explicar a existência de outras experiências jurídicas, como a dos Estados Unidos e da Inglaterra, que é regulada por normas em nada ou em muito

⁴² José dos Santos Carvalho Filho sustenta que o “(...) Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo. (...) No período anterior o regime vigente era o das monarquias absolutas, em que todos os poderes do Estado desaguavam nas mãos do monarca, tornando frágeis as relações entre o Estado e os súditos. (...) Com a teoria da separação de poderes concebida por Montesquieu, o Estado, distribuindo seu próprio poder político, permitiu que em sua figura se reunisse, ao mesmo tempo, o sujeito ativo e passivo do controle público” (CARVALHO FILHO 2005, 6). Igualmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro elucida que “(...) a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado” (DI PIETRO 2007, 2).

pouco discrepantes do direito comum e, em termos históricos, tal visão acaba por anular ou ignorar completamente a teoria política e a prática normativa desenvolvida no Antigo Regime, impossibilitando que se considere a existência de uma atividade que se poderia qualificar juridicamente como administrativa no referido período⁴³.

Assim, o Direito Administrativo, em seu nascedouro, diversamente do preconizado pela grande maioria da doutrina administrativista, não possuiria, necessariamente, um propósito garantístico, especialmente quanto aos “administrados”, podendo-se afirmar que se consubstanciou em um direito a favor da Administração Pública, que estabelece categorias básicas em privilégio desta na regulação das relações jurídico-administrativas, formando-se um direito que respalda a atuação autoritária do Poder Público.

Apesar de sua origem de certa forma autoritária, verificou-se um processo de transformação do “Direito da Administração” em Direito Administrativo, no qual se operou a exclusão paulatina de privilégios especiais arrojados à Administração Pública para tornar o Direito Administrativo em um direito regulador das relações jurídico-administrativas (V. M. SILVA 1998, 37), incrementando-se, agora sim, sua vertente garantística caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos.

Novas tentativas de fundamentação do Direito Administrativo são colhidas na doutrina administrativista contemporânea, a qual, dependendo do referencial teórico, buscam transpor a mera vinculação positiva à legalidade estrita pela dignidade da pessoa humana, princípios jurídicos, direitos e garantias fundamentais, democracia procedimental, consensualidade, dentre outros.

Nesse sentido, o Direito Administrativo volta-se para a construção, consolidação e implementação de procedimentos democráticos que possibilitam aos cidadãos, não mais concebidos como meros “administrados”, participação na

⁴³ Nesse sentido, Tocqueville afirma que a Revolução Francesa, marco histórico para estabelecimento do Direito Administrativo, inovou menos do que pretendia em relação às práticas e instituições políticas do Antigo Regime que a antecederia, acelerando, tão somente, o processo de construção e fortalecimento de um poder unitário e central: “(...) no círculo das instituições deste tipo, não propendeu nem a perpetuar a desordem e torná-la de certa maneira estável, nem a metodizar a anarquia, como dizia um dos seus principais adversários, mas antes a aumentar o poder e os direitos da autoridade pública. (...) Admito que a centralização é uma bela coisa, consinto que a Europa nos inveje, mas sustento que não é uma conquista da Revolução. É, ao contrário, uma conquista do antigo regime, aliás a única parte da constituição política que sobreviveu à Revolução porque era a única que podia encaixar-se no novo estado social criado por esta revolução” (TOCQUEVILLE 1997, 67-77).

Administração Pública⁴⁴. Recentemente, o Direito Administrativo vem saindo de seu “enclausuramento”⁴⁵, especialmente em decorrência da afirmação do constitucionalismo e de seu influxo direto na atividade administrativa, apresentando aberturas e mudanças que “reabilitam a pessoa enquanto administrado, em sintonia e pé de igualdade com o *status* já conquistado enquanto eleitor e jurisdicionado” (MOREIRA NETO 2007, 11). Não é mais possível se conceber, nem mesmo colher qualquer resultado frutífero, que o bem comum se realiza exclusivamente pelo Estado e que os particulares estão livres para busca de seus intentos egoísticos (JUSTEN FILHO 2002, 22), de forma que deve a esfera pública ser concebida como algo mais amplo que não se esgota na Administração Pública, como esclarecido por Menelick de Carvalho Netto:

A ótica do administrado, do cidadão, requer que enfoquemos a esfera pública como algo bem mais amplo do que o mero Estado que se encontra, sem dúvida, em seu centro, mas que inequivocamente não a esgota e que é passível, a todo o momento, de ser privatizado pela própria Administração. A periferia da esfera pública, a cidadania e a sua parcela organizada e às vezes denominada terceiro setor, constitucionalmente dotada de instrumentos processuais de controle dessa esfera, tem necessariamente que ser levada em conta, para que a doutrina do Direito Administrativo revele, em toda a sua força, sua natureza efetivamente pública (CARVALHO NETTO 2001, 11).

Dessa forma, surge a necessidade de se buscar uma releitura de uma das questões que permeia as dimensões de legitimidade do direito, qual seja, a configuração discursiva do público e do privado no atual Estado Democrático de Direito, especificamente quanto às mudanças ocorridas no modelo normativo de circulação da vontade política e de elaboração das normas jurídicas regentes da atividade administrativa e de sua própria consecução visando o atendimento dos desideratos de interesse público. Interesse público este que não mais pode representar um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos cidadãos.

Em razão disso, o Direito Administrativo passa por sérias mudanças estruturais e conceituais no sentido de se redefinir o papel de atuação do Estado e de se criar novas categorias de relação entre este e a sociedade, sempre considerando os princípios

⁴⁴ Comunga-se da posição de Maria Tereza Fonseca Dias, segundo a qual se verifica atualmente na doutrina administrativista pátria o questionamento acerca das novas relações entre o Estado, a sociedade e o papel dos cidadãos na implementação da atividade administrativa, de forma a se impor, por consectário do princípio da soberania popular, a necessidade de se operar a efetiva participação da sociedade na coisa pública, participação esta que não se exaure, tão somente, com a simples formação das instituições representativas (DIAS 2008a, 406, 470-473).

⁴⁵ Apesar de serem empreendidos questionamentos quanto aos princípios, institutos e objetos da dogmática administrativa, afirma Miracy Barbosa de Sousa Gustin que o Direito Administrativo é uma área jurídica que ainda resiste a especulações de cunho zetético (GUSTIN 2003, 13).

regentes do Estado Democrático de Direito. Não há mais como se considerar a esfera pública como algo restrito ao Estado, pois, apesar deste se encontrar no centro do sistema jurídico, sem dúvida alguma a esfera pública não mais se esgota na figura estatal, devendo, igualmente, ser encarada sob a ótica do cidadão, o qual não pode mais ser tido como um mero sujeito destinatário passivo da atividade estatal, mas sim um agente ativo na definição e consecução dos interesses públicos⁴⁶.

Tal análise é necessária, pois, conforme sugerido na Introdução do presente trabalho, a regulação normativa setorial promovida pelas agências reguladoras brasileiras atualmente se desenvolve em um contexto plural de indivíduos que interagem com estruturas sociais complexas, permeadas por constantes inovações tecnológicas, crescentes investimentos econômicos e insuperáveis exigências acerca da prestação de serviços adequados às necessidades da coletividade. Paralelamente aos debates envolvendo a eficiência regulatória da Administração Brasileira, surgem discussões acerca da legitimação das políticas regulatórias desenvolvidas, especialmente quanto à regulação normativa, ecoando vozes em defesa de uma legitimação democrática de tais normas que possa promover a inclusão e participação ativa dos cidadãos na formulação das políticas públicas de regulação setorial.

2.3. A Administração Pública nos paradigmas do direito

O conceito de paradigma, largamente utilizado para descrever os modelos de Estado e de direito, foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea pela obra de Thomas Kuhn (1998) como consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo. Paradigmas seriam assim realizações científicas e universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência⁴⁷.

⁴⁶ Analisando a participação dos cidadãos na esfera administrativa, Clèmerson Merlin Clève elucida que “os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, gala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o legislativo e para o executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência, que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal” (CLÈVE 1990, 82-83).

⁴⁷ Para Kuhn, o conhecimento científico não se processa de forma linear, sendo nas rupturas é que se processa o desenvolvimento do pensamento científico. Logo, o conhecimento não progride de forma

No entendimento de Menelick de Carvalho Netto, paradigmas seriam pré-compreensões que integram o pano de fundo da linguagem, um “pano de fundo compartilhado de silêncio” decorrente de uma “gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebemos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar” (CARVALHO NETTO 2001, 15), ou seja, que molda a forma como vemos a realidade.

Transpondo o conceito de paradigma para o campo das ciências sociais e para as reflexões jurídicas, Habermas considera o paradigma de direito como um modelo da sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram em dado contexto as funções normativas atribuídas a eles (HABERMAS 2008, 263-264). Em outros termos, o paradigma jurídico representa uma teoria implícita que a sociedade tem do sistema jurídico, o qual indica como no marco de tal modelo pode se entender e se realizar os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito.

As compreensões paradigmáticas de determinado momento, refletidas por ordens jurídicas concretas, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade, representando um conhecimento de fundo que confere às práticas de elaboração e aplicação do Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica (M. A. OLIVEIRA 2002, 54).

Para se compreender a conformação do Direito Administrativo ao longo de sua formação e consolidação histórica, e conseqüentemente a relação entre a esfera pública e a esfera privada, importante é a discussão acerca dos paradigmas do direito, de forma a se compreender as concepções e mudanças processadas nesse ramo jurídico, possibilitando a formulação de diagnósticos e proposições de alterações quanto à ação administrativa para configurá-la ao paradigma do Estado Democrático de Direito, já que, como esclarecido por Habermas, os paradigmas jurídicos “intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração” (HABERMAS 2003b, 131).

De fato, há uma relação entre os paradigmas de direito e a forma de atuação da Administração Pública, pois o paradigma adotado em certo período histórico e localidade irá determinar, desde logo, as funções que incumbem à respectiva Administração Pública, bem as teorias e institutos que fundamentam a atuação administrativa. Os fins a que o Estado se propõe a perseguir condicionam de forma

evolutiva, como o seria numa concepção positivista, mas sim nas rupturas e alterações de paradigmáticas (KUHN 1998, 93-94).

indissociável as respectivas atribuições da Administração, sendo que estas acabam por determinar as formas de organização e atuação por ela adotada. Em outros termos, à variedade e abundância de finalidades a serem perseguidas pela Administração Pública corresponde uma multiplicidade e diversidade de formas de organização e atuação à sua disposição (ESTORNINHO 2009, 17).

Para tanto, parte-se da análise proposta por Habermas quanto aos paradigmas liberal, social e democrático de direito (procedimental) (HABERMAS 2002a, 269-284) (HABERMAS 2010, 123-190), a qual permite uma reconstrução da dicotomia público-privada a fim de apresentarmos algumas reflexões acerca da sustentabilidade jurídica conferida a institutos clássicos do Direito Administrativo, sob a ótica de uma crítica radicalmente democrática a que o presente estudo alude desde o princípio.

2.3.1 A Administração Pública no Estado Liberal

O paradigma do direito formal burguês, ao representar a superação do paradigma absolutista anterior⁴⁸, se caracterizará, fundamentalmente, pela supremacia da lei, divisão das funções estatais e reconhecimento de garantias e direitos individuais (DIAS 2003, 136-137). O advento do paradigma liberal possibilita que se reconheça a igualdade, ao menos formal, dos indivíduos, os quais não mais são distinguidos pelos privilégios e diferenças de berço, sendo considerados como iguais perante a lei. Afirma-se que todos os indivíduos são membros de uma sociedade e proprietários, no mínimo de si próprios, pois ninguém mais pode ser propriedade de outrem, sendo todos sujeitos de direito (CARVALHO NETTO 2001, 15)

Na concepção liberal, o direito representaria um sistema de regras que tinha por escopo estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo (M. A. OLIVEIRA 2002, 57). Contudo, tais ingerências legais deveriam ser pontuais, nos limites necessários para se resguardar a autonomia privada dos indivíduos. Nesse ponto deve-se esclarecer que somente em sua acepção ideal é que é possível se afirmar que o Estado liberal somente intervinha para garantir a liberdade e segurança individual, já que a prática capitalista se distanciou de forma considerável de

⁴⁸ Para uma análise do paradigma absolutista Cf (ESTORNINHO 2009, 23-28).

tal modelo. Nesse sentido vejamos os esclarecimentos apresentados por Emerson Gabardo:

Ao contrário do que é afirmado pelos teóricos liberais, a eficiência de um sistema isento de intervenção diminui na direta proporção ao crescimento de sua liberdade. Na simplificação idealista de um sistema liberal, ter-se-ia como princípios: a liberdade de empresa; o prestígio do empenho individual como gerador de benefícios sociais; a diminuição dos custos sociais como fruto da concorrência; a influência autônoma dos agentes na oferta e na procura; a maximização da utilidade nas trocas; e a transparência do mercado; tudo sem a necessidade de intervenção do Estado. Contudo, a “realidade prática” demonstrou uma dependência contundente do Estado por parte do capitalismo liberal. Foi imprescindível o papel do Estado na repressão ao operariado, na proibição dos sindicatos e das greves, na criação de condições para o funcionamento da economia e na abertura de fontes de matéria-prima e mercados consumidores mediante o colonialismo (GABARDO 2003, 117).

A Constituição é tida para o paradigma liberal como o instrumento de organização jurídico-político do Estado, a qual possibilita, além da organização do poderes estatais, a limitação destes, afivelando-os à lógica da separação dos poderes e ao sistema de freios e contrapesos. Já a política representa uma luta por posições, sendo o exercício do poder político legitimado pelo sufrágio, no qual se encerra a interferência do cidadão comum na prática política.

O paradigma liberal se apóia em um modelo normativo de democracia que aborda o cidadão a partir de sua perspectiva individualista, como um sujeito de direitos oponíveis ao Estado e aos demais indivíduos. Tais direitos oferecem os limites à atuação e intervenção do Estado sobre a esfera privada, de forma que o conceito veiculado pelo paradigma liberal remete à idéia de direito subjetivo. Nítida é divisão entre sociedade civil (privado) e sociedade política (público), sendo que naquela se garantiam direitos naturais, relacionados especialmente à liberdade e propriedade⁴⁹, enquanto na esfera pública se reconheciam direitos perante o Estado, tais como nacionalidade, direitos políticos, igualdade perante a lei:

Sob a premissa da separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da idéia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o *status negativo* da liberdade dos sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de

⁴⁹ Esclarece Habermas que o direito privado, em sua acepção clássica, considerava a autodeterminação individual, no sentido de liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida mediante direitos da pessoa e da proteção jurídica, liberdade de contratar, direito à propriedade e através da garantia institucional do casamento e da família (HABERMAS 2003b, 134).

trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico *positivo* das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual (HABERMAS 2003b, 132).

Tem-se, assim, uma clara divisão entre a dimensão do público e do privado, sendo a função daquele coadjuvante em relação à dimensão deste, já que a esfera pública é vinculada ao Estado, cuja atuação representa um risco aos direitos individuais. Não se pode olvidar que no paradigma liberal os espaços de opção dos sujeitos que agem livremente devem sofrer o mínimo possível de restrições por parte de mandamentos ou proibições, assegurando-se, por conseguinte, espaços de ação para defesa de interesses individuais, além de possibilitar uma configuração autônoma e a concretização de um projeto de vida escolhido racionalmente, que caracteriza a independência, responsabilidade e o livre desenvolvimento da personalidade (HABERMAS 2003b, 136). Nesse contexto, “(...) público e privado são vistos, portanto, como ordens distintas, ontologicamente distintas. O público é meramente convencional e existe para garantir o livre curso do privado. O privado é visto como egoísmo e o público visto como estatal” (CARVALHO NETTO 2001, 16). A distinção entre o poder estatal e sua esfera de atuação e os atributos dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre esfera pública e esfera privada.

Nos termos do paradigma liberal, o Direito Administrativo visa “domesticar” o Estado, a fim de se assegurar a intangibilidade dos indivíduos, na convicção de que a sociedade liberta de indevidas intromissões do poder estatal conseguiria alcançar um equilíbrio ótimo. Para tanto, consoante acima exposto, o sistema administrativo é concebido e consolidado sob a égide do paradigma liberal⁵⁰, mediante a instituição de normas jurídicas reguladoras das atividades executadas pela Administração Pública. Estabeleceu-se um conjunto de regras específicas derogatórias do direito comum que deveriam guiar a atividade administrativa, a qual se reduziria a uma aplicação mecanicista do caso concreto às hipóteses normativas, mediante processos lógico-dedutivos. Em sua origem, o Direito Administrativo pressupõe a necessidade de afirmação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o qual é realizado segundo e nos termos da ordem normativa externa à ação administrativa

⁵⁰ Como observa Maria João Estorninho, o “nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da visão liberal do mundo, assente na separação entre o Estado e a Sociedade, por forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procurar preservar a todo o custo (ESTORNINHO 2009, 31).

criada, mediante um processo de heteronormação pelo Poder Legislativo⁵¹. Tal feição acaba por resultar na exigência de legalidade, a qual, ao estabelecer toda a organização política e limitar o poder estatal, irá afirmar a supremacia da lei como única fonte de direitos e obrigações que estabelece, de forma externa e prévia, a atuação da Administração Pública⁵².

Considerando a distinção entre esfera privada e pública decorrente da diferenciação entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações, no paradigma liberal os “administrados” não exerciam qualquer influência na atividade administrativa, até mesmo porque o direito deveria assegurar o não retorno ao absolutismo mediante a limitação do Estado à lei e a adoção do princípio da separação dos poderes. O Direito Administrativo formou-se e consolidou-se ao influxo do paradigma liberal, no qual os “administrados” não exerciam um papel diante das prerrogativas da Administração, estando alijados da atividade administrativa e, principalmente, da própria definição e consecução do interesse público. Consolidaram-se categorias básicas que refletiam a autoridade da ação administrativa, as quais se perpetuam no sistema jurídico atual, tais como discricionariedade, supremacia do interesse público sobre o interesse privado, as respectivas prerrogativas/privilégios da Administração Pública face os particulares e a noção de poder de polícia.

⁵¹ A respeito do princípio da separação dos poderes, em síntese, esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira que sob as premissas do paradigma liberal incumbia ao Legislativo a elaboração da lei, fonte suprema do direito, obedecendo às limitações de não-fazer, presentes nas Declarações de Direitos. Por sua vez, ao Judiciário incumbia a tarefa de dirimir os conflitos entre os particulares ou, conforme o modelo constitucional, entre os particulares e a Administração, quando provocado, através de específicos procedimentos, aplicando o direito material vigente de modo estritos mediante processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal. Já ao Executivo cabia a função de implementar o direito, garantindo a certeza e a segurança jurídica e social (M. A. OLIVEIRA 2002, 56-57).

⁵² Considerando as premissas do paradigma liberal relacionadas à atuação da Administração Pública, interessante destacar as conclusões apresentadas por Maria João Estorninho quanto ao ato administrativo, instrumento típico de manifestação da atividade administrativa: “sendo a Administração do Estado Liberal encarada como inevitavelmente agressiva dos direitos dos particulares, o núcleo fundamental da própria Ciência do Direito Administrativo não podia deixar de incidir sobre o acto administrativo, enquanto manifestação de autoridade. O resultado último desta teorização do acto administrativo é, no fundo, o processo da sua submissão ao Direito, com todas as consequências que implica. Isto significa, aliás, o aparecimento da moderna concepção do Direito Público, assente na limitação do poder do Estado, não apenas enquanto Fisco, mas também quando actua como entidade soberana, dotada de prerrogativas de autoridade” (ESTORNINHO 2009, 33).

2.3.2. A Administração Pública no Estado Social

Consoante esclarecido, o paradigma liberal partia da premissa básica de que a delimitação de esferas jurídicas de liberdade individual, garantia de um *status* jurídico negativo relativo à proteção jurídica individual, garantiria a instauração de uma justiça social. Tal paradigma representa o entrelaçamento entre os princípios da liberdade e igualdade, pois o direito individual, no âmbito legal, somente poderia ser preenchido se as leis garantissem tratamento igualitário no sentido de igualdade de conteúdo jurídico, meramente formal, garantida através da generalidade abstrata das leis (HABERMAS 2003b, 138-139). Todavia, a visão liberal de que o público é uma dimensão meramente convencional existente para garantir o livre curso do privado, mediante uma igualdade meramente formal, resultou em conseqüências que acabaram por possibilitar a própria superação do paradigma liberal. Sintetizando os acontecimentos que resultaram na derrocada no paradigma liberal, esclarece Cristiano Paixão Araújo Pinto:

Surgem, portanto, a partir da segunda metade do século XIX, manifestações de conflito e revolta por parte de setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza. Esse processo é acelerado pela Revolução Industrial inglesa, que altera substancialmente o sistema econômico e explicita determinadas dificuldades de acesso – de enorme parcela da população – a bens de consumo e participação política. São bastante conhecidos os fatores de passagem que marcam a ruptura do paradigma liberal: a eclosão de movimentos revolucionários na Europa (a partir, principalmente, de 1848), o surgimento e crescimento de doutrinas de feição socialista ou anarquista (que tinham como ponto comum a forte rejeição ao Estado Liberal então vigente) e a organização de setores da sociedade em novos grupos de pressão (sujeitos coletivos de direito, como associações ou sindicatos profissionais). É desse período que datam as primeiras manifestações, já no campo da teoria da constituição, acerca do estrito formalismo em que vinha incorrendo o Estado Liberal. Recorde-se, quanto a esse ponto, o discurso de Lassalle em Berlim (1863), em que qualifica as constituições liberais como meras “folhas de papel” (C. P. PINTO 2003)⁵³.

⁵³ Semelhantemente, lembra-nos Diogo Freitas do Amaral que “a 1ª Grande Guerra dá o sinal para um novo ciclo de expansão do intervencionismo econômico – o Estado fiscaliza e controla cada vez mais, e assume ele próprio em maior escala, a produção de bens econômicos e a prestação de serviços técnicos, culturais e sociais. A crise econômica de 1929 reforça este estado de coisas e, em vários países, converte momentaneamente o intervencionismo em dirigismo. Começa a falar-se no aparecimento de uma administração econômica. Com a 2ª Guerra Mundial mais se avança na mesma direção: a falta de mão-de-obra, a penúria de bens, as necessidades da indústria militar, o controle do comércio externo e tantas outras facetas definem o perfil de uma autêntica “economia de guerra”. Feita a paz, tanto em Inglaterra como em França surge uma forte vaga de nacionalizações; novos domínios se abrem à intervenção econômica de um Estado onipresente; e no continente inicia-se a experiência do planejamento econômico em sistemas não socialistas” (AMARAL 1994, 82-83). Destaque-se ainda a posição de Eros Roberto Grau, segundo o qual o crescimento radical do intervencionismo estatal representou um instrumento da atividade autocorretiva do capitalismo, que

Nesse contexto, surge uma reação que se deu mediante a mudança de paradigma representada pelo surgimento do Estado Social. Este representou uma reação às conseqüências do paradigma liberal e à atuação negativa do Estado, já que a garantia de uma igualdade meramente formal e de liberdade contra as ingerências estatais não evitaram os efeitos dos conflitos sociais resultantes da divisão da sociedade em vários grupos, classes e partidos. As possibilidades de promoção da igualdade agora se concentram no Estado, em sua capacidade de desenvolver políticas públicas capazes de promover a igualdade material e a inclusão social de uma massa de excluídos⁵⁴, já que o direito embora uno encontra-se pulverizado em diversas gradações de acordo com o ser que o reclama (ARANHA 2000, 112).

No paradigma do Estado Social, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade são redefinidos, sendo superada sua concepção negativa com a materialização desses direitos fundamentais, por intermédio de uma atuação positiva e prestativa do Estado para defesa do cidadão. Nesse paradigma o Estado não se distancia dos conflitos sociais, muito menos se mantém em uma posição de neutralidade, mas assume um papel de conformador da realidade social, que busca, inclusive, estabelecer e impor formas de vida concretas, mediante políticas públicas (M. A. OLIVEIRA 2002, 59).

Sobre esse câmbio de paradigma, esclarece Habermas que o direito de cada indivíduo de poder fazer ou omitir o que queira somente poderia ser exercido em condições não discriminatórias, atendendo às expectativas de realização de justiça social (HABERMAS 2008, 484). As diferenças entre os indivíduos são reconhecidas e se promove uma verdadeira “materialização do direito”, protegendo os mais fracos e carentes, mediante a ação intervencionista estatal preocupada com a realização de direitos fundamentais na tentativa de se criar uma situação de bem-estar que

se defrontou com problemas que não poderiam ser resolvidos em um regime de liberdade plena que proporcionou excessiva concentração de poder econômico no mercado, exacerbamento do conflito entre capital e trabalho e instabilidade de uma igualdade meramente formal (GRAU 1998, 15).

⁵⁴ Nesse sentido, observa Menelick de Carvalho Netto que “é o Estado que assumirá agora o papel do Leviatã capaz de produzir um programa de ações que possibilite a cidadania para essa massa de desvalidos, que os incorpore de fato ao Direito Constitucional. Se antes a cidadania envolvia apenas o direito de voto, enquanto cidadania formal, agora se requer a sua materialização. Paradoxalmente, embora a nova concepção de liberdade e de igualdade ou, em termos práticos, de cidadania constitucional, passe assim a exigir o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência ou mesmo à seguridade social, aos direitos sociais e coletivos enfim, aporta, como conseqüência perversa, a suposição subjacente de que, precisamente em razão da absoluta carência da população em geral de todos esses direitos materializantes da cidadania, a própria cidadania só pode ser tratada como massa, como conjunto dos destinatários, dos objetos, dos programas sociais, jamais como os seus sujeitos, ou seja, são programas cuja autoria seria garantida como exclusivamente estatal” (CARVALHO NETTO 2001, 17)..

possibilitasse o desenvolvimento da pessoa humana. Diferentemente do paradigma liberal em que a sociedade se reduzia à figura atomizada dos indivíduos, expressa como ordem positiva oponível ao Estado, no paradigma social se reconcilia a sociedade e o Estado pela aproximação de seus interesses, dotando de eficácia os direitos abstratos pela institucionalização da sociedade no Estado, vez que, ao se superar o paradigma liberal, a ordem jurídica oponível ao Estado cede lugar à ordem jurídica através do Estado (ARANHA 2000, 112).

A partir de tal perspectiva é possível se verificar que na relação público-privado há um alargamento desmesurado do público, o qual passa a se identificar exclusivamente na figura estatal, esgotando-se no Estado, agora dotado de um aparato técnico-administrativo com inúmeras competências, invertendo-se a concepção original do paradigma liberal. Logo, a partir da premente necessidade da materialização da igualdade, altera-se a distinção até então existente entre o público e o privado com a conseqüente transferência para o Estado dessas novas funções de forma que, a rigor, o público passa a ser exclusiva e completamente estatal.

Ampliam-se as funções da Administração Pública, a qual passa a controlar as expectativas sociais por meio de uma atuação dirigente de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo e público, já que, nas palavras de Maria João Estorninho, “se a Administração no Estado Liberal se contentava em *laissez faire*, a Administração do Estado Social propõe-se *faire elle-même*” (ESTORNINHO 2009, 36). O Direito Administrativo no paradigma do Estado Social representa um intento de tornar compatível a prerrogativa da Administração com um sistema de garantia para os direitos dos particulares (GARRIDO FALLA 1954, 43), considerando que cabe à Administração não só implementar direitos fundamentais provendo necessidades públicas, como saúde e educação, mas igualmente garantir a ordem e segurança, planejar, intervir e dirigir a ordem econômico-financeira, dentre outras funções. Igualmente, não se pode negar que tais transformações provocaram grandes alterações na própria atividade administrativa, exigindo-se desse novo modelo de Estado uma atuação administrativa mais eficaz, autônoma e dinâmica capaz o suficiente de atender aos novos desideratos postos à sua competência (ESTORNINHO 2009, 39). Isso faz com que o Poder Público, consoante já esclarecido, incorpore e represente toda a dimensão da esfera pública, tomando para si toda a dimensão do público. Esta se reduz ao Estado, ocasionando um crescimento desmesurado da Administração Pública, a qual, com o alargamento de suas funções, não está apenas

restrita ao intervencionismo econômico, exigindo-se mais, como uma ação cultural e social, por exemplo.

Se no paradigma liberal o Estado podia cumprir seus fins administrativos praticamente por intermédio de intervenções pontuais e esporádicas da Administração, no paradigma social a necessidade de satisfação das necessidades sociais foi paralelamente acompanhada do alargamento das relações entre a Administração e o indivíduo, em uma relação de dependência deste para com aquela, excluindo-se, de certa forma, a concepção de Estado e sociedade como entidades antagônicas e distintas. Apesar disso, não há como afirmar a existência de uma participação efetiva dos cidadãos na definição e consecução dos interesses públicos, já que os cidadãos eram tidos como meros “clientes” da Administração Pública, destinatários de seus programas sociais, e não como personagens ativos da esfera pública, a qual se subsumia exclusivamente à figura estatal.

2.4. A reconstrução da esfera pública para uma Administração Pública democrática

Dando seguimento ao desenvolvimento dos paradigmas da existência jurídica moderna e as concepções de esferas públicas e privadas que lhes correspondem, bem como a sistemática de atuação da Administração Pública, deve-se destacar a crise do paradigma social que viabiliza a construção, ainda em pleno andamento, de um novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito.

A derrocada do paradigma social e ascensão do Estado Democrático de Direito decorreu, em certa medida, da concentração da dimensão pública na figura exclusiva do Estado, o qual não mais possuía a função de compor os interesses entre a sociedade política e a sociedade civil, monopolizando a função de definição e execução das atividades e finalidades públicas, o que acabou ocasionando o crescimento desenfreado da máquina burocrática administrativa e sua respectiva ineficiência, além da manifesta carência de recursos para que o Estado implementasse seus programas de maciça materialização do direito⁵⁵. Logo, mais do que uma crise fiscal, financeira e

⁵⁵ Ao crescimento desmesurado da Administração associam-se fenômenos graves de ineficiência e de aumento desmedido da burocracia, resultando no agravamento e aumento das contribuições exigidas da sociedade para manutenção de tal estrutura, suscitando, cada vez mais, uma reação generalizada de desconfiança dos cidadãos perante o Poder Público (ESTORNINHO 2009, 47).

administrativa, o declínio do Estado Social representou também a constatação de um déficit de democracia e cidadania, afastando-se, de antemão, qualquer leitura neoliberal a respeito do tema⁵⁶.

O paradigma do Estado Democrático de Direito representa uma resposta aos efeitos colaterais do Estado Social, uma tentativa de construção de justiça social, contudo, partindo da necessidade indispensável dos membros, grupos e associações da sociedade participarem democraticamente do processo de construção desse ideal de justiça social, o qual passa a ser tido somente como possível mediante o “fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada e atuante” (M. A. OLIVEIRA 2002, 63). O paradigma do Estado Democrático de Direito dá ênfase à idéia de cidadania, em termos procedimentais, de participação social, especialmente ao se constatar a crescente influência e participação de organizações não-governamentais, redes de serviços não-verticalizadas e sociedades civis de interesse público no desenvolvimento da atividade administrativa⁵⁷. Nesse sentido, a cidadania característica do Estado Democrático de Direito exige a participação efetiva e operante da sociedade na coisa pública, participação esta que não se esgota na singela formação das instituições representativas, expandindo-se para os procedimentos de definição e consecução do interesse público, paralela e conjuntamente com a atuação administrativa estatal.

Conforme assentado no capítulo anterior, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o direito é marcado pela facticidade da imposição coercitiva de suas leis e a

Semelhantemente, afirma Maria Tereza Fonseca Dias que a crise do paradigma social é atribuída a uma conjunção de causas, tais como a concentração do espaço público no Estado, o crescimento exacerbado da Administração e sua correlata ineficiência, aumento da corrupção e das contribuições exigidas dos cidadãos para financiar as crescentes despesas da máquina estatal (DIAS 2003, 151).

⁵⁶ “A crise de cidadania decorre da carência, gradativamente percebida, de participação efetiva do público nos processos de deliberação da sociedade política. A identificação do público com o estatal acabou por limitar a participação política ao voto. A isso se aduziu uma estrutura burocrática centralizada e distanciada da dinâmica vital da sociedade. A associação entre público e estatal acarretou a construção de uma relação entre indivíduo e Estado que pode ser equiparada à relação travada entre uma instituição prestadora de serviços (e bens) e seus clientes. Como é sabido ao menos desde o início do século XX, o distanciamento, a impessoalidade e a hierarquização são atributos básicos do “tipo puro” de dominação que se consolidou no Ocidente desencantado” (C. P. PINTO 2003, 42).

⁵⁷ Menelick de Carvalho Netto observa que “(...) as associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo. Os direitos de primeira e segunda geração ganham novo significado. Os de primeira são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO 1999, 243-244). Para uma análise das relações do Estado com o terceiro setor em face das atividades de fomento, financiamento e controle das ações na esfera pública ampliada, sobretudo quanto às novas matrizes de interpretação das relações entre as esferas público-administrativa e público-societal, Cf. (DIAS 2008b).

validade inerente à pretensão de legitimidade das mesmas, de modo que o direito ao passo que exige obediência (lei de coerção) igualmente deve deixar espaço para que o cidadão o obedeça por respeito (lei de liberdade). Assim, a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor desse mesmo direito, de modo que a validade de uma norma jurídica justifica o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica, inclusive mediante sanções, e a instituição legítima do direito, a qual possibilita o seu cumprimento por respeito à lei. Tal circunstância analisada no atual contexto formado por sociedades complexas e pluralistas impossibilita a imposição de comportamentos éticos coletivamente vinculantes e exige que sejam estabelecidos padrões de conduta neutros e imparciais, estruturados de modo a possibilitar que as diversas vozes assumam uma roupagem político-jurídica, permitindo que todos os cidadãos tenham efetivo acesso aos canais de produção normativa, de forma que se sintam, concomitantemente, autores e destinatários de tais normas.

Logo, o direito somente poderá cumprir sua função de estabilizar expectativas de comportamento se preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático, mediante o qual os cidadãos alcancem um mútuo entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto (M. A. OLIVEIRA 2002, 66). O direito, justificado democraticamente, possibilita que se satisfaçam as condições de integração social que se desenvolve mediante aquisições de entendimento mútuo entre sujeitos comunicativamente atuantes. É o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito, sendo que o direito deve englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos quando pretendam orientar a vida social por intermédio do direito, os quais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir. O êxito do ideal de justiça social dependerá, assim, da institucionalização jurídico-constitucional de procedimentos e condições de comunicação correspondentes para formação democrática da vontade e da opinião políticas. Como afirma Marcelo Andrade Cattoni, no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, a “soberania popular reconstruída em termos procedimentais e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera pública andam de mãos dadas como uma imagem de sociedade descentrada” (M. A. OLIVEIRA 2006, 111). A esfera pública é reinterpretada como arena para detecção, identificação e interpretação dos problemas da sociedade, bem como para definição das possíveis soluções.

Observa-se assim que, no cenário desse novo paradigma, as esferas público e privada, ao invés de se oporem, passam a ser vistas como complementares, equiprimordiais ou co-originárias, o que configura, de certa forma, uma exigência ante à constante crise de legitimação do direito nas democracias contemporâneas. Diante disso, o paradigma do Estado Democrático de Direito, marcadamente procedimental, pressupõe, dentre outros postulados, a necessidade de institucionalização e fomento de procedimentos comunicativos para a formação de vontade e de opinião discursivas que, por sua vez, habilitam o exercício da autonomia políticas dos indivíduos. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto se está diante de um poderoso fator de mudança diretamente influente sobre a legitimidade das decisões políticas, denotando-se a ação e responsabilidade da sociedade na condução dos processos políticos (MOREIRA NETO 2007, 13).

O Direito Administrativo, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, passa por um processo de reestruturação de seus conceitos e institutos, de descoberta de novas formas de atuação da Administração e da própria esfera pública. Busca-se cada vez mais se legitimar a atuação da Administração Pública em termos democráticos, de modo a possibilitar e fomentar a participação dos cidadãos mediante instrumentos deliberativos de participação administrativa. A atividade administrativa não mais se limita à mera execução mecanicista de um quadro normativo estabelecido na lei, cabendo à Administração Pública implementar atividades e condutas descritas em programas normativos abertos, devendo desenvolver, para tanto, formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de Direito, ou seja, que possibilitem que os indivíduos atingidos pela atuação administrativa possam tematizar seus interesses nos processos de decisão do Estado (CARDOSO 2010, 257).

Não se pode mais reduzir a Administração Pública tão somente ao plano estatal, tomando-a como uma atividade exclusivamente do Estado imune às interferências da sociedade. É necessária a consciência da paulatina aproximação entre a Administração e a sociedade, em substituição à separação antes existente nos primórdios da Administração Pública, desenvolvendo-se a idéia de uma cultura de participação na condução das atividades administrativas, a qual, além de conferir legitimidade em termos democráticos à atividade administrativa, representa uma técnica essencial de eficiência, capaz de complementar a tradicional Administração de cunho autoritário (G. J. OLIVEIRA 2010, 172). Como anteriormente esclarecido, sob a égide

do paradigma do Estado Democrático de Direito, a sociedade civil exerce influência direta sobre a esfera pública e, conseqüentemente, sobre o sistema administrativo, o que implica a necessidade de o Estado de Direito prover e resguardar os canais jurídicos de comunicação:

A idéia de Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o poder administrativo, regido pelo código do poder, ao poder comunicativo criador do direito e mantê-lo livre das interferências do poder social, portanto, da possibilidade de implantação de interesses privilegiados. (...) Em última instância, é essa transferência que o Estado de direito deve regular, deixando, todavia, intacto o próprio código de poder, ou seja, sem intervir na lógica de auto-orientação do poder administrativo (HABERMAS 2008, 218).

Verifica-se cada vez mais uma tendência teórica democratizante no exercício da atividade administrativa marcada não só pela abertura, mas também para o fomento à participação dos cidadãos, seja em defesa de interesses individuais, como em nome de interesses gerais da coletividade. O Direito Administrativo passa a descobrir na sociedade e no processo deliberativo democrático seu substrato de legitimidade, denotando a importância da participação social nos processos decisórios administrativos e, principalmente, na efetiva definição e consecução dos interesses públicos⁵⁸.

A participação social na atividade administrativa deixa de ser uma expressão meramente retórica e passa a representar a medida de legitimação da atuação administrativa⁵⁹, implicando na necessidade de se institucionalizar e ampliar os canais de comunicação existentes entre a esfera pública e a Administração Pública. A

⁵⁸ Como o substrato social necessário para a realização do sistema dos direitos é formado pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos, para que os mecanismos de participação social na Administração não sejam meramente procedimentos formais, Habermas nos atenta para a necessidade de “quando a diferenciação social é grande e há a ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado” (HABERMAS 2003b, 185-186). A preocupação com a possibilidade de “assessoramento da esfera pública” também é objeto de análise de Juarez Freitas, o qual afirma que “(...) acentuar o controle social (e o princípio da democracia direta) contribui para a construção de uma esfera pública que não sucumba às artimanhas do senhorio prepotente, dos privilégios nefastos e dos recorrentes anseios patrimonialistas. Devo assinalar que o controle social não se identifica com uma atuação fiscalizadora de facções (pro definição, parciais), nem com a vontade de uma multidão de tiranos” (FREITAS 2003, 176).

⁵⁹ Interessante é a observação de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, que, analisando a questão à luz da atividade de regulação por órgãos reguladores autônomos, afirma que “só por meio da radicalização dos mecanismos de participativos é que será possível (i) evitar que o poder político seja colonizado por interesses especiais ou apropriado por interesses particularísticos; (ii) ampliar a gama de interesses difusos tuteláveis pelos respectivos órgãos; e (iii) estabelecer amplamente os canais de comunicação com a sociedade, sem os quais pereceria a atividade regulatória (...)” (MARQUES NETO 2002, 208-209).

imperatividade e coerção, atributos clássicos da atuação administrativa, passam a conviver com a consensualidade e participação social na administração dos interesses públicos⁶⁰, com o emprego de formas consensuais de coordenação de ações.

Considerando o atual contexto das sociedades complexas e plurais, não há como previamente se determinar os valores e interesses que devem prevalecer e serem resguardados pela Administração Pública. Nesse sentido, preciosas são as lições de Michel Rosenfeld, segundo o qual o texto constitucional, e, por conseguinte, a própria definição do interesse público, é inexoravelmente incompleto, não somente porque não recobre todas as matérias que deveria idealmente contemplar, mas igualmente porque o texto constitucional não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe (ROSENFELD 2003, 18). Assim, não se pode afirmar que o conceito de interesse público é dotado de uma univocidade de sentido, devendo permanecer aberto às múltiplas interpretações plausíveis, por mais conflitantes e igualmente defensáveis que possam parecer na maioria das vezes, às críticas e contribuições da sociedade, de forma a possibilitar que os cidadãos ocupem seus postos de participantes ativos dos discursos políticos e jurídicos, não mais reduzíveis exclusivamente ao Estado.

Não se pode olvidar ainda que a democratização da atividade administrativa muito se deve à sua processualização, decorrente da “preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa” (BINENBOJM 2006b, 77). Conclui-se cada vez mais que não basta disciplinar tão somente o ato final, a manifestação de vontade da Administração, mas igualmente o processo, a seqüência de atividades que resultam nesse ato, estabelecendo-se os correlatos princípios e garantias apropriados às relações intersubjetivas que se estabelecem no processo (MOREIRA NETO 2007, 252-253). Os momentos de formação da decisão administrativa devem ser expressos em termos de paridade e imparcialidade em um processo pré-constituído, representando uma forma de legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído (MEDAUAR 2008, 70).

⁶⁰ Esclareça-se que não se está a pregar a eliminação total e absoluta da imperatividade e coercibilidade das determinações da Administração Pública, mas sim que tais atributos representem características excepcionais na atuação do Poder Público, manejáveis somente quando necessárias à consecução das finalidades públicas.

Apesar de todas as críticas opostas à tendência de participação social nas atividades administrativas, tais como riscos de prevalência dos interesses de determinados indivíduos e entidades, que dominam os processos de participação (teoria da captura), e conflitos entre legitimidade e eficiência administrativa, é inegável a importância de tal mecanismo para legitimação democrática do exercício das competências públicas. Destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto a importância da participação e consensualidade nas democracias modernas, à medida que contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência), propiciam mais freios contra abusos (legalidade), garantem a atenção a todos os interesses (justiça), proporcionam decisões mais sábias e prudentes (legitimidade), desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (MOREIRA NETO 2007, 41)⁶¹. A participação popular na Administração Pública, característica essencial ao paradigma do Estado Democrático de Direito, reduz as barreiras forjadas entre Estado e sociedade, rompe com o predomínio de estruturas clássicas hierárquico-autoritárias e acaba por legitimar, em termos democráticos, a própria atividade administrativa, sendo um instrumento, inclusive, de busca de maior eficiência no desempenho da função administrativa. Mais do que uma tendência ou mero discurso ideológico, a afirmação teórica da participação popular na atividade administrativa é uma realidade inafastável.

⁶¹ Analisando os efeitos positivos da instituição de uma Administração Pública Democrática, esclarece Gustavo Justino de Oliveira que, em primeiro lugar, a adoção de instrumentos participativos enseja uma maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade. Em segundo lugar, a participação democrática exerceria um papel informativo, possibilitando aos cidadãos maior e melhor informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos, propiciando a adoção de decisões mais acertadas, justas e fiéis à realidade. Por fim, o emprego de mecanismos participativos enseja a criação de espaços de efetiva negociação, nos quais as decisões são tomadas, não somente, a partir da perspectiva da ponderação ou da harmonização dos interesses envolvidos, mas também sob a ótica da reciprocidade de concessões, favorecendo a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos (G. J. OLIVEIRA 2010, 171-172). A respeito das finalidades da procedimentalização da atuação administrativa Cf. (MEDAUAR 2008, 65-74).

3. Pressupostos para análise das agências reguladoras brasileiras

3.1. Considerações iniciais

Conforme mencionado anteriormente na introdução do presente trabalho, verifica-se atualmente no sistema jurídico brasileiro uma mudança de perspectiva na atuação do Estado no direcionamento de diversos setores econômicos, substituindo-se um modelo de intervenção direta estatal por um modelo de intervenção indireta, de direcionamento conjuntural desses setores, mediante políticas regulatórias desenvolvidas pelas agências reguladoras, objetivando a consecução e resguardo dos direitos fundamentais envolvidos. Consta-se o florescimento e consolidação da concepção de Estado Regulador na experiência brasileira decorrente do esgotamento do modelo do Estado Social, em que se aumenta a necessidade da atividade regulatória em decorrência do afastamento do Estado como provedor direto do bem ou serviço considerado de interesse social e público e da impossibilidade de se entregar totalmente a regulação ao ideal de otimização funcional de determinado setor por meio do mercado e de seus agentes econômicos.

Necessário, portanto, que no presente momento sejam analisados os pressupostos teóricos e fundamentos do Estado Regulador, assim como a função reguladora, para se entender o contexto em que se inserem as agências reguladoras brasileiras, examinando a introdução de tais entidades no sistema jurídico brasileiro e suas principais características, especialmente o exercício de competência normativa atribuído a tais entidades, justificando-o e estabelecendo seus limites à luz dos princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Dessa forma, o presente capítulo possibilitará o estabelecimento dos conceitos necessários acerca da atual regulação desenvolvida pelo Estado Brasileiro, especificamente a regulação setorial normativa desempenhada pelas agências reguladoras, a fim de, devidamente estabelecidos os contornos da atividade regulatória, no capítulo seguinte, se realizar uma análise da função normativa desempenhada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres à luz da teoria discursiva habermasiana, no sentido de se verificar a utilização de mecanismos de legitimação democrática nos

processos de produção normativa da citada entidade reguladora e da existência de possível déficit de legitimação democrática no seio dos processos normativos desenvolvidos pela ANTT.

3.2. Um exercício de teoria da regulação

Antes de se analisar os pressupostos e conceito do Estado Regulador, é fundamental que se tenha firme o próprio conceito de regulação de que se apropria o Estado para uma adequada análise do fenômeno regulatório, já que a caracterização de um Estado como Regulador depende diretamente do conceito de regulação utilizado.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente tópico buscará assentar os traços gerais norteadores da regulação, sem a preocupação de se filiar a determinada ideologia de direcionamento desta ou daquela atividade econômica, já que “as instituições de regulação devem ser aptas à aplicação isenta das estações de humor político, embora conscientes de sua presença no jogo político e de seus reflexos no ordenamento jurídico” (ARANHA 2002, 142)⁶². A opção das formas de regulação dependerá das peculiaridades do modelo regulatório de cada Estado, ou seja, a regulação a ser efetivamente desenvolvida está condicionada à realidade de fato implementada em cada Estado. Logo, buscar-se-á entender a regulação por meio de suas instituições básicas para, a partir de seu núcleo duro (SALOMÃO FILHO 2008)⁶³, adequar-se aos tipos de regulação eleitos pelos Estados, considerando os pressupostos das políticas públicas estabelecidas.

⁶² E continua o autor, “(...) não se está a propor uma teoria da regulação que esteja comprometida com ideais, sejam estes de competição ou de monopólio, de mercado ou de planejamento, mas como instrumento de reunião dos sucessos e dos fracassos das políticas públicas de fontes ideológicas distintas. Propõe-se, enfim, uma teoria da regulação que, de fato, sirva de seara de discussão e oriente quem não se rende a argumentos unificadores, destruidores da diversidade de pontos de vista e de experiências que fazem da evolução social superior à profusão de ciências” (ARANHA 2002, 143).

⁶³ Observa Salomão Calixto Filho, em trabalho publicado originalmente no ano de 2001, que no sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação, já que a tradição brasileira parte da concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas, a prestação direta de serviços públicos e a vigilância do mercado por meio do poder de polícia, atividades estas que representaram para muito doutrinadores a totalidade das funções que o Estado poderia exercer (SALOMÃO FILHO 2008, 19).

3.2.1. Fundamentos da regulação

A regulação estatal, na doutrina econômica, tradicionalmente é apontada como um instrumento para correção das deficiências de mercado, visão esta que somente foi sendo alterada ao influxo dos acontecimentos verificados especialmente na segunda metade do século XX (JUSTEN FILHO 2002, 31). A Escola Econômica da Regulação (*The Theory Economic of Regulation*) desenvolvida em Chicago propunha a possibilidade de se prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica, servindo a regulação como um substituto ou corretivo do mercado, em que o regulador deveria ser capaz de reproduzir um mercado teórico, baseado nos dados relativos à oferta e demanda, sendo a regulação somente necessária enquanto pendente uma solução de mercado mais eficiente (SALOMÃO FILHO 2008, 27-28). Nesse sentido, observa George J. Stigler que a regulação é o resultado da interação dos interesses privados, orientados pela busca da maximização de seus benefícios:

A regulação tanto pode ser ativamente perseguida por uma indústria, como também pode ser imposta a ela. (...) em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício.

(...)

Admitimos que os sistemas políticos são racionalmente planejados e racionalmente aplicados para a realização de desejos de membros da sociedade. (...) o problema da regulação é o de descobrir quando e por que uma indústria (ou outro grupo de pessoas que pensam da mesma forma) é capaz de usar o Estado para seus propósitos, ou é escolhida pelo Estado para ser usada em proveito de outros (STIGLER 2004, 23).

Para a Escola Econômica da Regulação, a intervenção estatal na economia deveria ser reduzida ao máximo, admitida apenas nos casos em que verificado algum defeito no funcionamento do mercado⁶⁴, já que toda a lógica do raciocínio e aplicação da regulação direciona-se para a correção⁶⁵ e reprodução aperfeiçoada dos efeitos do

⁶⁴ Harold Demsetz, questionando a necessidade de se regular as *public utilities* sugere que a regulação, em regra, acaba por proteger as indústrias, e não resguardar qualquer interesse público, chegando inclusive a afirmar que “(...) é minha convicção que a rivalidade do mercado aberto é mais eficaz do que os processos regulatórios da comissão. Se as administrações das empresas prestadoras de *public utilities* duvidam desta crença, sugiro que re-examinem a história da indústria para descobrir exatamente quem foi que forneceu a maioria da força por trás do movimento regulatório” (DEMSETZ 1968, 65). Sobre o debate da regulação econômica na experiência norte-americana ver ainda (POSNER 2004, 49-80), (PRIEST 1993, 289-323) e (PELTZMAN 2004, 81-127)

⁶⁵ As deficiências de mercado, de forma sintética, podem envolver situações básicas, tais como deficiência na concorrência; necessidade de se garantir utilidades necessárias a todos os membros da

mercado. Forma-se na doutrina e na experiência concreta uma casuística a respeito da regulação, buscando-se formas adequadas para aperfeiçoamento do mercado, sendo que tal casuística não chega a ser guiada por princípio algum, entendendo a doutrina que a justificativa da regulação deve ser buscada nas relações, quase contratuais, entre regulador e regulado (SALOMÃO FILHO 2008, 29).

Há, assim, a crença da possibilidade de reprodução das condições de mercado através dos órgãos reguladores nos setores em que tais condições não são produzidas ou verificadas naturalmente, sendo a regulação um imperativo em setores monopolizados, por exemplo, nos quais há informação inadequada ou condições estruturais que levam a uma concorrência desleal e predatória. Na linguagem de Marçal Justen Filho, sob o seu aspecto tradicional econômico, “a regulação estatal consistiria em uma emulação do mercado, visando produzir os mesmos efeitos que as forças de mercado poderiam gerar” (JUSTEN FILHO 2002, 32). No mesmo diapasão, esclarece Leila Cuéllar que a regulação, em sua vertente econômica, visa suprir as falhas do mercado, apresentando-se como seu substitutivo, pois, partindo-se do pressuposto da natural imperfeição do mercado, há a necessidade de se estabelecer mecanismos jurídicos que possibilitem, ainda que em um plano ideal, a equalização da atividade dos agentes econômicos (CUÉLLAR 2001, 53).

Não tardou muito para que essa concepção de regulação econômica viesse a apresentar seus defeitos, considerando-se a dificuldade, e até mesmo a impossibilidade, de se reproduzir de forma teórica as regras de mercado. Além disso, constatou-se que mesmo o mercado funcionando em condições perfeitas poderia não conduzir à realização de outras finalidades de interesse comum distintas dos fins econômicos:

Com a drástica redução da atuação estatal direta, incrementou-se a concepção da regulação econômica como meio de controle das deficiências do mercado. No entanto, verificou-se que a realização de inúmeros outros fins, de natureza sociopolítica, também deveria ser tomada em vista da regulação. A intervenção estatal de natureza regulatória não poderia restringir-se a preocupações meramente econômicas. O Estado não poderia ser concebido como um simples “corretor de defeitos econômicos” do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos. Assim, o elenco dos fins buscados através da regulação escapa facilmente de uma abordagem exclusivamente econômica (JUSTEN FILHO 2002, 38).

coletividade; circunstâncias que produzem efeitos econômicos relevantes, não relacionadas diretamente aos preços praticados (custo de transação); diversidade de conhecimento dos agentes envolvidos no processo produtivo; desequilíbrio de mercado, acarretando desemprego e inflação. Para uma análise pormenorizada dessas deficiências de mercado ver (JUSTEN FILHO 2002, 32-37) e (NUSDEO 2006, 163-178).

Se a disciplina regulatória da economia visava produzir uma maior eficiência do mercado, reduzindo suas incertezas e riscos, a questão que passa a ser enfrentada é de cunho social, relacionada, por exemplo, com finalidades relativas ao aumento do bem-estar social e diminuição das desigualdades regionais. Mais do que promover uma regulação em bases estritamente econômicas, incumbe ao Estado realizar outras finalidades relacionadas à proteção e consecução do interesse público⁶⁶, fazendo com que a regulação tenha uma veia social, não, todavia, nos moldes do Estado Social, caracterizado pela maciça intervenção direta do Estado em diversas atividades econômicas, mas sim mediante a intensificação da regulação jurídica sobre outros temas, tais como saúde, segurança pública e meio ambiente. As finalidades regulatórias passam a se relacionar com a realização de valores fundamentais consagrados pelo Estado, não abarcando, portanto, concepções economicamente reducionistas. Logo, a regulação equivale a um instrumento para garantia e realização dos direitos fundamentais, de forma que em sua vertente social a regulação privilegia o conceito de eficiência distributiva diretamente relacionada a finalidades socioeconômicas como redistribuição de renda, aumento do bem-estar da sociedade, redução de desigualdades sociais e regionais (C. E. CARVALHO 2007, 41).

Cumprido esclarecer, todavia, que tal concepção não representa a dissociação entre os objetivos econômicos e sociais, muito menos a sobreposição de um sobre o outro, mas sim a ampliação da perspectiva da regulação, superando o singelo e tradicional modelo de eficiência do mercado e de correção das práticas dos agentes privados que resultam em distorção do mercado. Tony Prosser esclarece que a regulação refere-se a situações de monopólio em que o regulador, reproduzindo as forças de mercado, realiza um controle de preços e qualidade do serviço prestado (*regulating monopoly*). Além disso, a regulação visaria à estimulação da concorrência e competição (*regulation for competition*) e a universalização de serviços públicos e à preservação do meio ambiente (*social regulation*), além de outros aspectos relacionados a regulação em sua vertente social (PROSSER, 1997). Partindo de tal perspectiva, Floriano Peixoto de

⁶⁶ Analisando os momentos fundamentais da regulação nos Estados Unidos, aponta Paulo Todescan Lessa Mattos a existência de dois períodos da *regulation* norte-americana: o *New Deal* (1933-1940), em que a preocupação principal era o controle do poder monopolista e da concorrência destrutiva, e o *New Social Regulation* (1965-1980) em que, além das preocupações do período anterior, buscou-se corrigir com maior intensidade os problemas de informação imperfeita aos consumidores e a pequenos acionistas, de segurança dos produtos, de proteção do meio ambiente, de certeza dos resultados da intervenção regulatória e de maior equidade distributiva (MATTOS 2002a, 46).

Azevedo Marques Neto percebe que a atividade regulatória estatal não envolve apenas uma função de preservação do mercado, mas compreende também uma função redistributiva (de consecução de objetivos públicos extra-sistema econômico), que se coloca pela regulação a partir de uma perspectiva de mediação de interesse e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado (MARQUES NETO 2009, 36-37)⁶⁷.

Tendo em mente tais premissas, Marçal Justen Filho define a regulação “como um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto” (JUSTEN FILHO 2002, 40). Na concepção do citado autor, tais políticas envolvem medidas tanto de cunho legislativo quanto administrativas, que objetivam incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências incompatíveis com os valores prezados, representando a via regulatória uma forma essencial de realização do interesse público mediante a organização racional de um sistema de produção de regulação (JUSTEN FILHO 2002, 40-41). Logo, a regulação possui natureza instrumental, considerando sua vinculação à realização de valores e garantias fundamentais que se pretenda realizar.

Já Carlos Ari Sunfeld, analisando a introdução das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, entende a regulação:

(...) enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações como objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerando em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais) (SUNFELD 2006a, 18).

⁶⁷ Exemplificando sua posição, esclarece o citado autor: “tomemos um determinado setor regulado no qual seja interesse do Estado brasileiro, buscando reduzir as desigualdades sociais, ensinar uma política de universalização de uma dada utilidade pública. Definida essa política, caberá ao regulador manejar suas competências para ver atingido este objetivo. Deverá fazê-lo arbitrando os ônus de forma viável e equilibrada entre os diferentes agentes atuantes no setor, sopesando obrigações e vantagens competitivas, criando incentivos ou restrições, ou seja, regulando o setor para, mantendo seu equilíbrio interno, consagrar o interesse público” (MARQUES NETO 2009, 36).

Por sua vez, Alexandre Santos de Aragão entende a regulação como um “conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis” (ARAGÃO 2009, 37). Analisando tal conceito, verifica-se que o citado autor entende a regulação como um “instituto multifacetário”, dotado de grande heterogeneidade, considerando as distintas estratégias e instrumentos regulatórios a serem empregados⁶⁸, considerando as necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia, sempre tendo em mente os fins sociais previamente estabelecidos pela Constituição. Além disso, reconhece o autor que a regulação deve avançar paulatinamente, de acordo com o princípio da permanente correção de erros (*trial and error*), no constante esforço de controlar as conseqüências de suas ações a fim de as corrigir a tempo, avançando passo a passo, comparando cuidadosamente os resultados perspectivados com os realmente alcançados, estando o Estado atento aos efeitos secundários indesejáveis (ARAGÃO 2009, 26).

Por fim, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto reconhece o caráter instrumental da regulação, considerando a necessidade de se existir um efetivo controle apto a preservar os interesses públicos difusos envolvidos em dada situação (MARQUES NETO 2006a, 76). Defende também um conceito de regulação que afasta mecanismos de intervenção direta como forma de regulação:

De minha parte, entendo que por regulação deve-se compreender toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo)⁶⁹. É dizer, toda a atividade do poder político no campo da

⁶⁸ Alexandre Santos de Aragão entende haver três poderes inerentes à regulação: editar regras, assegurar sua aplicação e reprimir as infrações. Apesar disso, exclui de seu conceito de regulação a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, as quais, juntamente com a regulação, constituem espécies do gênero da intervenção do Estado na economia (ARAGÃO 2009, 23-24). No mesmo sentido, para uma interpretação menos abrangente, esclarece Dennis Swann que a regulação equivale à intervenção estatal na economia que não se efetiva pela participação direta na atividade econômica, como um agente econômico, concretizando-se mediante o condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada (SWANN 1988, 4).

⁶⁹ Verifica-se nesse ponto que o autor se vale da distinção realizada por Eros Grau entre atividades econômicas *lato sensu* e atividades econômicas *strictu sensu*. Eros Grau assinala que a Constituição Federal de 1988 adota o termo “atividade econômica” em dois sentidos diversos. Em determinados momentos, o texto constitucional se refere à atividade econômica em sentido estrito (art. 173, *caput* e § 1º), enquanto em outros momentos refere-se à atividade econômica em sentido amplo, gênero

economia que não implique nem na assunção da titularidade de exploração de atividade econômica – quer como serviço público (artigo 175 da CF), quer como monopólio de atividade econômica em sentido estrito (artigo 177 da CF) –, e nem envolva a exploração destas atividades, em regime de mercado, por meio de empresas estatais (artigo 173 da CF). No âmbito da regulação estatal estariam compreendidas atividades como a de coordenar, fiscalizar, dirigir, coibir ou desincentivar condutas, incentivar, fomentar, planejar, organizar, que sejam necessárias para o atingimento de objetivos de ordem pública consentâneos com os objetivos da ordem econômica constitucional (artigo 170 da CF) (MARQUES NETO 2009, 31).

Justificando seu conceito de regulação atrelado aos mecanismos de intervenção indireta na ordem econômica, esclarece o referido autor que apesar de a exploração direta pelo Estado de atividade econômica influenciar de certa forma a atuação dos agentes privados e cumprir algum papel de ordenação e controle, tais circunstâncias não são suficientes para caracterizar a atuação estatal regulatória, pois o interesse do agente econômico tem como núcleo os interesses da empresa e não do sistema como um todo, nem dos utentes da utilidade econômica explorada pelo agente econômico público. Além disso, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado concentraria os papéis de regulador e operador em um único sujeito, situação esta que subverteria a lógica da regulação que pressupõe também a existência de regulados. Destaca ainda o autor que os instrumentos regulatórios, ao representarem o exercício de funções públicas, não são compatíveis com o regime jurídico das empresas estatais, nem com os interesses econômicos próprios de quem opera uma atividade econômica (MARQUES NETO 2009, 29-30).

Em que pese a diversidade conceitual ora apresentada, pode-se destacar alguns traços comuns capazes de caracterizar a regulação em consonância com os princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, descarta-se um conceito de regulação formulado a partir de uma perspectiva meramente econômica, ou seja, que envolva concepções economicamente reducionistas, o que acabaria por limitar a própria regulação. Mais do que objetivar uma maior eficiência econômica de mercado, a regulação também visa realizar valores fundamentais consagrados pela Constituição, sejam eles de ordem econômica ou não, reputados como essenciais. Ou seja, a regulação não se restringe apenas à função de preservar e estabilizar o mercado, compreendendo uma função mais ampla, voltada para

que engloba atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos (arts. 174 e 170, *caput*) (GRAU 1998, 138).

a consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema pautado por valores e garantias fundamentais de toda a sociedade, e não só dos agentes econômicos, sejam eles privados ou públicos. A regulação, em sua acepção moderna, visa atuar no sentido de compor e articular os interesses públicos com os interesses dos particulares, partindo do pressuposto de que a atuação privada em setores sujeitos à regulação não só é aceitável como é essencial para atingir o interesse público (MARQUES NETO 2009)⁷⁰.

Por sua vez, a regulação tem a constante preocupação de corrigir as imprecisões verificadas, em um movimento constante de controlar e aprimorar o ambiente regulado, visando a consecução de um modelo ideal de funcionamento de determinado setor, pautado pelas garantias e direitos fundamentais. Dessa forma, a regulação representa uma constante reconfiguração conjuntural do ambiente regulado, em um contexto dinâmico que exige o acompanhamento cotidiano das transformações das atividades de interesse público. A regulação pressupõe a diuturna reconfiguração dos instrumentos regulatórios, mediante o acompanhamento *pari passu* da realidade verificada no ambiente regulado com o objetivo de redirecioná-lo à finalidade de consecução dos direitos fundamentais, e não só de resguardar o mercado e garantir sua eficiência. Tal perspectiva exige uma atuação dinâmica e proativa do Estado, pressupõe um “Estado de plantão”, atento à realidade circundante e às conseqüências de suas políticas regulatórias para a concretização dos direitos fundamentais. Tendo por base esse pressuposto, observa-se a necessidade de se adotar a regulação em uma perspectiva de gerenciamento da realidade, ou seja, de acompanhamento conjuntural de setores de interesse estatal mediante interferências em seu cotidiano, caracterizando-se o que se convencionou em chamar de *government by policies*, em que a pretensão de regramento estatal de atividades deixa de render homenagens a um modelo tradicional de preceitos abstratos e gerais (*government by law*) para refletir maior aproximação entre os momentos político e jurídico mediante a conformação do regramento setorial⁷¹ por intermédio de estruturas estatais de produção conjuntural de atos normativos, agências reguladoras, por exemplo, refletindo em seus textos normativos a diuturna reconfiguração do meio político (ARANHA 2005, 46-47). Esse necessário e constante

⁷⁰ A moderna regulação remete à idéia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado, em que a ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, dentre outros) (MARQUES NETO 2009, 33-34).

⁷¹ Cumpre destacar que a regulação setorial não representa a única forma de atuação estatal voltada ao direcionamento das atividades econômicas, havendo outras formas de interferência estatal a níveis regional e geral.

acompanhamento da realidade a ser regulada representa uma consequência da atual impossibilidade de se dissociar o enunciado abstrato de uma norma ou princípio do contexto socioeconômico e político que o circunda. Ante à impossibilidade de estabelecer um sentido unívoco e estático do conteúdo normativo de determinado direito face à dinâmica intrínseca à realidade, há a necessidade de se remeter o adensamento desse conteúdo normativo a decisões de normatização secundária.

A regulação também deve ser encarada a partir dos modos de intervenção do Estado no ambiente regulado, especialmente se considerar-se que o caráter conjuntural do conjunto de medidas regulatórias a serem adotados pelo Estado deve ser capaz de interagir com as circunstâncias circundantes do ambiente regulado, no sentido de direcioná-lo à consecução e resguardo dos direitos fundamentais. Assim, para análise das formas de regulação, é necessário partir do conceito de grau de concentração regulatória, desenvolvido por Fernando Herren Aguillar, para se analisar a mecânica do aparato de regulação estatal das atividades econômicas, entendidas em sua acepção ampla. Consoante o referido autor, o grau de concentração regulatória revela a maior ou menor confiança do Estado em que os interesses públicos sejam alcançados mediante outorga de liberdade à iniciativa privada, ou seja, a ampla liberdade de iniciativa (controle pela desconcentração) revela que os fins do Estado, na perspectiva deste, podem ser alcançados plenamente pela ação dos particulares, enquanto o controle pela concentração denota uma relativa falta de confiança em que a iniciativa privada possa, espontaneamente, alcançar as finalidades de interesse público (AGUILLAR 1999, 164). Dessa forma, “toda liberdade de empreender de que desfrute a iniciativa privada em relação ao Estado é, conquanto paradoxalmente, consequência de uma política regulatória estatal, uma política de regulação pela desconcentração” (AGUILLAR 1999, 211). Tal diferenciação é essencial para que se possa entender que a liberdade desfrutada pela iniciativa privada no desenvolvimento de atividades econômicas desregulamentadas representa uma consequência de uma política regulatória estabelecida pelo Estado⁷², pautada pela desconcentração.

A par do conceito e consequências do grau de concentração regulatória, Aguillar distingue as formas de regulação em operacional e normativa.

⁷² Vale transcrever a lição do citado autor: “observamos que a preferência pela expressão *regulação desconcentrada* em detrimento da expressão concentrada *desregulamentação* se prende a que entendemos que a ausência de regulamentação é uma forma de regulação imposta pelo Estado. Além disso, supõe-se aqui virtualmente improvável a ausência absoluta de regulamentação estatal sobre as atividades de serviço público, em qualquer período da história brasileira” (AGUILLAR 1999, 165).

A regulação operacional relaciona-se aos sujeitos incumbidos do desempenho de determinadas atividades de interesse público, ou seja, quanto à preferência outorgada à iniciativa privada ou às empresas e órgãos estatais para o desenvolvimento das referidas atividades (AGUILLAR 1999, 164). Dessa forma, por concentração regulatória operacional entende-se a intensidade com que o Estado avoca para si e às suas entidades a tarefa de desempenhar certas atividades econômicas de interesse público, sejam atividades econômicas em sentido estrito ou serviços públicos⁷³. Especificamente quanto ao caso brasileiro, pode-se afirmar, a partir das disposições constitucionais, que o Estado somente pode desenvolver atividades econômicas em sentido estrito na medida em que a Constituição o autorize ou quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei (art. 173 da Constituição Federal). Apesar de o Estado brasileiro adotar, atualmente, uma política de desconcentração regulatória operacional para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, não se pode afirmar que tal política também seja adotada quanto aos serviços públicos, já que a Constituição não impõe necessariamente tal política quanto ao exercício dos serviços públicos, apesar de o texto constitucional reservá-los ao Estado (art. 175). Nesse caso, como observa Fernando Herren Aguillar, caberá ao poder constituído, na forma da Constituição, eleger o grau de concentração regulatória a ser impresso a determinado serviço público (AGUILLAR 1999, 213).

Já a regulação normativa refere-se ao poder do Estado de regulamentar efetivamente determinado setor que o interesse, ou seja, diz respeito à maior ou menor responsabilidade do Estado na imposição de normas jurídicas aos particulares no desempenho de atividades econômicas (AGUILLAR 1999, 164, 211-212). Dessa forma, a partir do grau de concentração regulatória normativa pode o Estado adotar políticas de caráter geral, fixando padrões regulatórios desejáveis mediante normas gerais impositivas, ou deixar que as atividades econômicas sejam reguladas por uma maior liberdade de contratar, situação esta que caracterizaria um cenário de desconcentração regulatória normativa.

⁷³ “Grande desconcentração regulatória operacional significa baixa propensão estatal de atuar como agente econômico (intervenção por participação ou por absorção), confiando à iniciativa privada a tarefa de empreender e produzir aquilo de que necessita a sociedade. Ao contrário, quando o Estado toma em suas mãos a tarefa empresarial, tende a concentrar a regulação operacional” (AGUILLAR 1999, 212).

A partir dessas distinções pode-se afirmar que a tendência mais recente, inclusive no Brasil, é a regulação desconcentrada operacionalmente e de normatividade concentrada, normatização esta remetida às autoridades administrativas, como as agências reguladoras. Verifica-se nos atuais modelos regulatórios uma maior atuação de diversos setores da sociedade no desenvolvimento setorial, deslocando o Estado para um intervencionismo indireto, que exige maior poder normativo de sua parte com o concomitante estabelecimento de instituições de regulação socioeconômica.

Considerando tais apontamentos, podemos concluir que um conceito de regulação, formatado em termos gerais, envolve o estabelecimento de regras e adoção de condutas administrativas de caráter conjuntural⁷⁴, que não englobem atividades diretas do Estado como produtor de bens ou serviços, voltadas para a constante reconfiguração e direcionamento de determinado ambiente regulado, considerando um modelo ideal de funcionamento do sistema dirigido por regras e princípios que garantam o resguardo e consecução dos direitos fundamentais envolvidos. A regulação, entendida como acompanhamento e redirecionamento das atividades econômicas em sentido amplo, com vistas a fins não só econômicos, engloba atividades tais como a regulamentação, fiscalização, fomento, planejamento e ordenação da economia, gerenciamento normativo de conflitos, outorga de serviços públicos, por exemplo, mecanismos estes que se projetam para além das típicas atividades de intervenção indireta no mercado, alcançando outras atividades que possibilitem uma interferência estatal nas atividades econômicas em seu sentido amplo.

⁷⁴ Nesse sentido, “a política pública tem de acompanhar a evolução dos setores e de subsistemas jurídicos, ajudando-os a produzir bem-estar social. Deve-se incrementar, ao invés de sufocar, o *government by policies* revelado no século XX. Se o Estado se fechar em seu casulo de imutabilidade e regras absolutas atemporais, verá sua estrutura degradada a discussões judiciais de procedimento. A ilusão de que o isolamento do Estado atrás de cortinas de regras desatualizadas o imuniza dos resultados sociais desta ação apenas o fará visualizar passivamente a *mercantilização* da realidade setorial sem implementar seu dever de *politização* dos rumos do país, de *moralização da economia*. Por isso o conhecimento é tão relevante: *conhecimento de setores e de subsistemas jurídicos* apropriado pelas instituições estatais privadas para ponderação das fronteiras de *regulação* voltado à otimização da *eficiência* dos setores representativos da economia nacional dentro de patamares *éticos* de desenvolvimento. Em decorrência desta visão de política pública, a regulação apresenta-se como *gerenciamento normativo da realidade*; como o mecanismo jurídico próprio a lidar com o dinamismo dos setores da economia” (ARANHA 2006, 168).

3.2.2. Regulação e desregulação

Firmadas as bases da regulação, seus pressupostos e objetivos, deve-se analisar as críticas lançadas ao modelo regulatório estatal de setores relevantes, relacionadas a concepções de eficiência econômica e de questionamento da própria interferência estatal que deveria se restringir ao mínimo necessário para preservação da esfera da livre esfera de atuação dos agentes econômicos. Verifica-se a insurgência de concepções nesse sentido que defendem como opção de política pública a desregulação de diversos setores da economia, rumo a um mercado livre. No entanto, para uma adequada compreensão e até mesmo crítica do movimento pela desregulação, deve-se ter em mente que seu conteúdo e forma variam de acordo com o modelo de regulação adotado por cada sistema jurídico⁷⁵. Dessa forma, a desregulação propagada no sistema norte-americano não se confunde com o sentido verificado no modelo europeu e, por consequência, no Estado brasileiro.

As políticas públicas de intervenção estatal na economia, até a década de 1980 nos Estados Unidos e na Europa eram bem distintas, em que pese se basearem no controle estatal do desenvolvimento econômico.

Nos EUA, diversamente do modelo europeu, não se verificou uma preocupação do Estado em avocar para si a titularidade de dada atividade econômica, para que, posteriormente, delegasse aos particulares sua atividade em regime de direito público. Ao contrário da tradição européia, as atividades econômicas sempre permaneceram afetadas à iniciativa privada, sendo que o que se verificou gradativamente foi a necessidade de se regular determinadas atividades que se mostraram essenciais à coletividade (MENDES 2006, 119). Trata-se das *public utilities* que representam, grosso modo, atividades afetadas a interesses públicos, as quais se encontram, majoritariamente e há muito tempo, a cargo da iniciativa privada e se submetem ao controle público (*public utility regulations*) tendo em vista o interesse a que visam atender com seu exercício. Ou seja, quando se consagra a propriedade a um uso no qual há interesse público, deve-se submeter tal atividade ao controle público visando o bem comum (ARAGÃO 2007, 105). Nesse sentido, como observa William Mosher e Finla

⁷⁵ “(...) no que se refere ao uso dos termos regulação e desregulação, cabe observar que ele tem ligação direta com as características econômicas de cada país, as formas de intervenção do Estado no domínio econômico e as práticas regulatórias previstas em seus ordenamentos jurídicos, bem como o processo e reforma adotado como resposta à crise do Estado, a partir do final da década de 1970, e à globalização econômica, principalmente ao longo da década de 1990 (MATTOS 2002a, 53).

Crawford, “o interesse público sobre determinado empreendimento é tão abrangente que exige constante e detalhada supervisão e um alto grau de regulação. (...) São a estes empreendimentos que a designação *public utility* é normalmente aplicada; eles também são tratados como atividades de realização do interesse público” (MOSHER e CRAWFORD 1933, 03). A regulação norte-americana se desenvolveu em torno da idéia de correção das imperfeições do mercado como justificativa para limitação da liberdade de iniciativa, sem deixar, todavia, de pressupor a manutenção da propriedade privada dos bens de produção, inclusive daqueles relacionados às *public utilities*⁷⁶.

Tendo por base essas premissas, verificou-se nos EUA o surgimento de críticas quanto ao controle do desenvolvimento econômico mediante a regulação desenvolvida pelas agências, especialmente em razão da chamada captura⁷⁷ das agências por parte dos interesses dos agentes econômicos, de forma que a partir da década de 1980 vários setores da economia americana fortemente regulados passaram por expressivas transformações, tais como liberação para fixação de tarifas e ausência de controle de preços⁷⁸. Dessa forma, a desregulação significaria uma maior liberalização dos mercados e uma intensificação da defesa da concorrência, em substituição a uma forte regulação setorial das atividades desenvolvidas pelos agentes privados e aos monopólios detidos por estes (MATTOS 2002a, 51). Cumpre ainda observar que o processo de desregulação nos EUA decorreu da constatação do excesso de normas regentes das atividades públicas e privadas, formando-se um consenso sobre a necessidade de se reduzir o custo da regulação, entendido este como aquele decorrente do cumprimento das normas de regulatórias⁷⁹. Assim, pode-se afirmar que a desregulação nos EUA (*deregulation*) tem sido compreendida como uma redução do

⁷⁶ Para um aprofundamento da análise e crítica da regulação na experiência norte-americana ver ainda (WHERRY 1925), (PARKER 1952), (SAMUELS e TREBING 1972) e (SCHWARTZ 1976).

⁷⁷ Para uma análise e crítica às variações da teoria da captura Cf. (POSNER 2004, 56-74)

⁷⁸ Analisando as mudanças nas práticas regulatórias nos Estados Unidos Cf. (VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR. 1995)

⁷⁹ Realizando uma análise empírica sobre a desregulação nos EUA, sustenta Peltzman que o movimento de desregulação ocorreu seletivamente em apenas algumas áreas da economia, sendo que outras ficaram imunes a essas reformas, e há ainda outros setores em que a regulação aumentou, como nas relações de emprego e nos serviços de saúde. Segundo o citado autor, a desregulação representaria um estágio, de certa forma previsível, da regulação econômica, ou seja, as reformas regulatórias empreendidas nos EUA seriam compatíveis com os postulados da teoria econômica da regulação: “a regulação é introduzida quando há uma grande discrepância entre o equilíbrio político de forças e a distribuição desregulada de riquezas. A regulação (de preços, por exemplo), cria, em seguida, incentivos para a dissipação de riqueza (por meio de, digamos, aumento nos custos), o que acaba por tornar o retorno ao *status quo* anterior à introdução das medidas regulatórias mais atraente do que continuar regulando. De acordo com este modelo, a desregulação não representa a correção de um erro político reconhecido. Ela é o último estágio de um processo no qual, a princípio, todos os atores poderiam ter previsto no início” (PELTZMAN 2004, 82, 121).

poder de intervenção das agências de regulação sobre os entes privados, ou, em sentido amplo, como redução ou flexibilização das próprias normas existentes (MATTOS 2002a, 50).

Por sua vez, diferente é a concepção da desregulação na experiência européia em que os serviços públicos representaram historicamente atividades inerentes ao Estado e prestadas essencialmente pela Administração Pública⁸⁰ e que no final do século XX passa por processos de privatização, alienação de empresas estatais e concessão da prestação de serviços públicos a particulares, utilizando instrumentos da experiência norte-americana, sem, contudo, o Estado abdicar da atividade regulatória das atividades concedidas e privatizadas, já que a desestatização exige um reforço, e não enfraquecimento, das atividades e órgãos regulatórios (MARQUES NETO 2006a, 76). Logo, a desregulação no sistema europeu, e inclusive no Brasil, significa a abertura de atividades econômicas, até então exercidas com exclusividade pelo Estado, à concorrência dos agentes privados, mediante processos de privatização e concessão de serviços públicos, movimento este de liberalização do mercado acompanhado paralelamente pela regulação, ou seja, pela reformulação ou substituição das normas antigas por normas novas capazes de regular importantes setores da economia, tendo em vista o resguardo e consecução de direitos fundamentais. Consoante Eros Grau, a desregulação da economia expressa uma nova estratégia, uma mudança nas técnicas da regulação, de modo a elevar a eficácia reguladora da atuação estatal sobre o domínio econômico, ou seja, “pretender-se-ia desregulamentar para melhor regular” (GRAU 2011, 133-134)⁸¹.

Nesse contexto, não se pode afirmar que a desregulação econômica vivenciada na experiência européia e brasileira se relacione com a *deregulation* norte-americana⁸², no sentido de uma possível “negação” da regulação:

⁸⁰ O sistema europeu baseia-se no exercício do controle da economia e de seu desenvolvimento por meio da propriedade pública e da prestação direta de inúmeras atividades, serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, pelo próprio Estado.

⁸¹ Em que pese tal posicionamento, esclarece Eros Grau que, de outra parte, a revolução da informática, telecomunicações e microeletrônica acaba por introduzir transformações no modo de produção da vida social, de forma que em sociedades de economia dependente impõe-se, em determinados setores, a ampliação das regulamentações jurídicas, e não o seu afrouxamento ou redução (GRAU 2011, 138).

⁸² Considerando tais diferenças, Guilherme Henrique de la Rocque Almeida, a partir das análises de Giampiero Di Plinio, aponta que ambos processos de desregulação pretendem, simultaneamente, aumentar a qualidade da regulação, em termos de desempenho e racionalidade econômica, desenvolvendo-se dois modelos distintos que propõem encerrar o domínio da política sobre a economia, quais sejam: *adversarial regulatory style* e *meta-regulation*. O *adversarial regulatory style*, adotado fundamentalmente nos Estados Unidos, apóia-se em regras claras e detalhadas, em

Por sua vez, vimos que no caso europeu, mais especificamente o da União Européia, as reformas econômicas que podem ser chamadas de desregulação, a partir do paralelo traçado em relação à economia norte-americana, na verdade combinaram liberalização do mercado (ou, em outras palavras, privatização) com regulação, ambas fundadas na lógica da defesa da concorrência e da defesa do consumidor. Ou seja, tratou-se de uma reformulação de normas antigas e da criação de novas normas (MATTOS 2002a, 54).

Todavia, ainda que cientes dessa importante distinção, ecoam vozes em defesa da intensificação da desregulação, no sentido de redução e até mesmo extinção das normas impostas pelo Estado de regulação setorial (no sentido da *deregulation*), deixando a regulação da economia submetida apenas ao sabor dos livres movimentos do mercado. Todavia, considerando os próprios pressupostos e finalidades da regulação, deve-se ter cautela ao considerar a proposta da desregulação em uma acepção que pressupõe uma conduta de abstenção estatal, já que mercado e Estado não podem mais ser considerados como duas entidades distintas e excludentes, considerando que incumbe ao Estado, consoante já exposto no presente trabalho, coordenar, gerenciar, controlar e intervir de modo geral e indiretamente na economia, formatando-a de tal forma que seja possível se resguardar e concretizar os direitos fundamentais envolvidos na regulação de determinado setor econômico.

O acompanhamento conjuntural e ponderado de determinado setor condiciona as próprias políticas públicas regulatórias a serem adotadas, tornando o mercado, portanto, um produto da atuação regulatória decorrente das políticas adotadas pelo Estado orientadas para o atingimento das finalidades da regulação, resguardando-se, todavia, a livre iniciativa, a propriedade, a liberdade de empreender e a igualdade. Logo, considerando que a regulação estatal é condição para a existência e eficiência da economia, a escolha por uma política pública de desregulação de determinado setor não significa a própria exclusão total da regulação, mas sim apenas a sua redução, no sentido de direção do mercado, ou seja, resulta na adoção de uma política regulatória estatal normativa e operacional desconcentrada, valendo-se da classificação proposta por Fernando Herren Aguillar (1999). Assim, a desregulação, entendida como uma política estatal regulatória, somente se justifica se for comprovado que a abstenção do

processos transparentes de decisão e em elevada *accountability*, o que, considerando o caráter normativo desse sistema, ocasiona o crescimento desempenhado pelo Poder Judiciário (“judicialização das políticas públicas econômicas”). Já a *meta-regulation* baseia-se no controle dos setores e agentes regulados por organismos independentes e na adoção de métodos alternativos de solução de conflitos. Esse modelo propugna a adoção de normas fundamentadas em princípios compartilhados, necessários para a manutenção e aumento da segurança e certeza jurídica (ALMEIDA 2009, 64-65).

Estado no direcionamento de determinado setor outrora regulado representará maior eficiência ao mercado e, concomitantemente, eficácia aos direitos fundamentais envolvidos.

Dessa forma, pode-se afirmar que a desregulação, diferentemente do apontado de forma corrente, não consiste na simples e singela ausência de regulação estatal institucionalizada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado, de acordo com seus desideratos pessoais, ante a uma posição de abstenção e inércia do Estado. Antes disso, a desregulação representa uma política regulatória pautada em critérios racionais que objetivam o atingimento de maiores ganhos sociais decorrentes da adoção de uma perspectiva de diminuta regulação estatal⁸³.

3.3. O Estado Regulador

3.3.1 Antecedentes históricos

Não se pode afirmar que o exercício de atividades regulatórias pelo Estado representa um fenômeno recente, visto que sempre se reconheceram poderes de natureza regulatória ao Estado há longa data para imposição de regras e determinados comportamentos com o fito de garantir o equilíbrio e regularidade de um determinado sistema. Nesse sentido, é necessária uma análise do fenômeno regulatório a partir de uma perspectiva histórica para compreensão da atual feição do Estado Regulador e, por conseguinte, do surgimento das agências reguladoras. Apesar de sucinta, não se pode prescindir da análise histórica que se pretende ora realizar, considerando que a compreensão de determinada instituição jurídica, em muitos casos, depende da análise de sua origem e desenvolvimento para estruturação de suas características e peculiaridades. Dada a heterogeneidade e o longo período de existência da regulação, é

⁸³ Interessante é a análise desenvolvida por Alexandre Santos de Aragão a respeito dos dois paradoxos do fenômeno da desregulação expostos por Delmas-Marty: “Em primeiro lugar, apesar da ilusão semântica, a desregulação não é o inverso da regulamentação, mas uma reestruturação das normas segundo outros mecanismos, mais opacos e complexos, que não cessam de se expandir, de se romper e de se renovarem, mas que não suprimem as formas tradicionais de regulamentação, que estão sempre se impondo e se aprofundando. Em segundo lugar, como as normas oriundas da desregulação ou auto-regulação (regulação não-pública) se desenvolvem em um campo aberto e heterogêneo, organizado por conexões múltiplas, longe de importar em diminuição e racionalização das normas, acabaram por acarretar a sua proliferação de maneira dispersa e indeterminável, com sérios riscos à segurança jurídica” (ARAGÃO 2009, 32-33).

necessário se percorrer os principais momentos de sua evolução, verificando que os mecanismos regulatórios não se substituíram uns aos outros ao longo do tempo, mas se somaram, influenciando-se mútua e sucessivamente (ARAGÃO 2009, 39).

Inicialmente, cumpre destacar que o exercício de atividades regulatórias pelo Estado tem sua origem atrelada à concepção dos Estados modernos⁸⁴, momento a partir do qual o exercício do poder é unificado em determinado território e exercido de forma soberana⁸⁵. Em sua concepção moderna, o surgimento do Estado unitário propiciou a reunião em uma única instância o monopólio da força e da produção do direito em certo território, eliminando as anteriores forças sociais, especialmente os senhores feudais, pulverizadas no período anterior. O surgimento dos centros urbanos e a perda de poderes pelos senhores feudais que culminaram na derrocada do sistema feudal propiciaram aos monarcas a centralização do poder estatal em sua figura⁸⁶, fazendo com que a regulação nesse período fosse exercida de forma pessoal e marcadamente patrimonialista⁸⁷. Por certo, à redução dos poderes dos senhores feudais verifica-se paralelamente o aumento dos poderes do Rei, circunstância esta que exigiu a instituição de um corpo administrativo capaz de organizar a vida urbana emergente, possibilitando atividades tais como “obras de infra-estrutura, principalmente de transportes e de

⁸⁴ Em razão do destaque dado no presente trabalho quanto à regulação a partir do surgimento dos Estados Modernos, para uma análise quanto à regulação no período feudal Cf. (ARAGÃO 2009, 40-43).

⁸⁵ O surgimento do Estado Moderno decorreu das próprias deficiências do Estado Feudal, compreendido este como uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, com produção voltada para sua subsistência, que passa a ser defrontado pelo aumento do número de proprietários que não mais se subjugam a monarquias pródigas, ostentadas mediante uma tributação discriminatória, e até mesmo expropriatória, difundindo-se uma idéia de unificação e afirmação de um poder soberano, reconhecido em determinado território (DALLARI 1985, 60).

⁸⁶ Para uma análise de algumas das teorias que fundamentaram a centralização do poder estatal no Estado Absolutista Cf. (HOBBS 1974) e (BODIN 1973).

⁸⁷ Como observa Fernando Herren Aguillar, a regulação patrimonialista supõe a propriedade privada do soberano sobre o próprio Estado, sendo a máquina estatal mero veículo de interesses dos governantes, além de ser nulo o poder de interferência dos governados sobre sua utilização. Dessa forma, a regulação de cunho patrimonialista tem por fundamento e finalidade a preservação das fontes de manutenção do poder nas mãos da classe que detém o poder (AGUILLAR 1999, 165-166). Exemplificativamente, basta analisar a atividade de cobrança de impostos no período absolutista, em que tal atividade fundava-se, direta e indiretamente, na autorização do monarca, que a emitia como direito patrimonial próprio à sua pessoa, representando as rendas oriundas dessas autorizações reais como um patrimônio do Rei, e não do Estado, havendo pouca ou até mesmo nenhuma distinção entre essas duas figuras (ARAGÃO 2009, 45). Ou seja, praticamente tudo era do Rei, não se verificando uma distinção visível entre esfera pública e esfera privada. Nesse sentido, é digna de nota a observação de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto que “(...) se uma primeira demarcação entre os campos do soberano e da sociedade, cunhada na oposição de interesses, é evidente desde o final do ápice feudal, no período de transição – e menos ainda durante o Absolutismo – não se pode dizer que a separação entre público e privado se apresenta como o conteúdo que assumiria na Modernidade. Embora divisados os dois campos e crescentemente institucionalizado o caráter público do Estado, temos que concordar que a sociedade civil era considerada exclusivamente um objeto adequado de governo” (MARQUES NETO 2002, 31).

segurança, demandadas pelas novas atividades econômicas, e a cobrança de tributos através de contribuições dotadas de peculiaridades que o sistema de rendas dos vassalos não possuía” (ARAGÃO 2009, 45).

No Estado Absolutista era o monarca o responsável direto pela prosperidade econômica do Estado e da subsistência da própria população, cabendo aos seus intendentos disciplinar os produtos e serviços prestados pelos indivíduos e corporações de ofícios⁸⁸ e zelar pela melhoria e desenvolvimento das condições econômicas do país (ARAGÃO 2009, 46).

Durante o período absolutista, a doutrina econômica preponderante foi o mercantilismo, fundamentada na necessidade de acumulação de riquezas para se garantir o desenvolvimento e poder econômico do Estado, especialmente na acumulação de metais preciosos, seja por intermédio do comércio externo ou na exploração das colônias conquistadas, nesse último caso, na maioria das vezes, mediante o estabelecimento de pactos coloniais que garantiam a exclusividade da metrópole no comércio com suas colônias.

No caso brasileiro, especificamente durante o período colonial, a regulação verificada igualmente foi de cunho patrimonialista⁸⁹, sendo que, inicialmente, o que caracterizou o controle da monarquia portuguesa no Brasil foi a construção de um sistema de produção e extração de matérias-primas ao mercado externo, especialmente à metrópole portuguesa, posteriormente, verificou-se a existência de regulações jurídicas e econômicas por parte da Coroa Portuguesa com o objetivo de se favorecer a exploração comercial do Brasil (AGUILLAR 1999, 166-167). Durante o período colonial brasileiro, a regulação desenvolvida por Portugal fundava-se no regime de monopólio, nas companhias de comércio e concessões reais, sendo os dois últimos mecanismos formas distintas de se especializar o regime de monopólio da Coroa Portuguesa, representando formas de delegação da gestão econômica dos bens monopolizados pela metrópole (AGUILLAR 1999, 180).

Não obstante já se vislumbrasse a existência de atividades regulatórias no período absolutista, não se pode afirmar que o Estado Absolutista tenha se caracterizado como um Estado Regulador já que o modelo de regulação estatal da economia

⁸⁸ Observa Guilherme Henrique de La Rocque Almeida que no período absolutista o Estado regulava a produção interna, regulamentando e fiscalizando as técnicas produtivas, além de implantar um controle de qualidade, como na Inglaterra em que o Estado era encarregado de treinar e posteriormente alocar a mão-de-obra para os diversos setores de produção (ALMEIDA 2009, 40).

⁸⁹ Para uma análise mais aprofundada sobre essa questão ver (AGUILLAR 1999, 165-181).

relaciona-se diretamente com concepção de Estado de Direito, pressupondo uma organização institucional em que haja a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política (JUSTEN FILHO 2002, 16), ou seja, mais do que o monopólio estatal quanto à produção do direito, exige-se também a submissão do Estado ao próprio direito que ele cria. Somente a partir da formação e consolidação do Estado de Direito⁹⁰, no qual as instituições e os agentes políticos são vinculados aos limites constitucionais e legais, é que se pode conceber a intervenção estatal por meio da regulação. Assim, nas lições de Marçal Justen Filho:

Sob esse ângulo, o Estado Regulador ao qual se alude se vincula necessariamente à figura do Estado de Direito, que resulta das concepções desenvolvidas ao longo do século XIX, especialmente na doutrina alemã, com forte conotação formalista. A evolução civilizatória conduziu à superação da configuração original do Estado de Direito, mas traços peculiares foram mantidos e se integram de modo inafastável à concepção de Estado Regulador (JUSTEN FILHO 2002, 17).

Nesse sentido, o advento das revoluções liberais nos séculos XVIII e XIX, ao provocarem a derrocada do sistema absolutista⁹¹ e o surgimento do Estado Liberal, romperam, de certa forma, com a estrutura monárquica patrimonialista e propiciaram o surgimento de um sistema político e econômico fundado no desempenho livre das atividades econômicas. Essa nova organização política do Estado assentava-se em pilares fundamentais: preponderância do exercício do poder político ao Legislativo (Parlamento), composto por representantes da nação; primado do princípio da legalidade, considerando que os Poderes Executivo e Judiciário, mediante um processo de heteronormação, estavam adstritos ao cumprimento dos mandamentos legais

⁹⁰ Como já observado no presente trabalho (Capítulo 2), a gênese do Estado de Direito relaciona-se com a idéia de supremacia da constituição, princípio da legalidade e universalização da jurisdição, de forma a afirmar que as atividades estatais desenvolvem-se apenas dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, sob pena de nulidade da conduta e ato adotado. A compatibilidade com a ordem jurídica representa o critério fundante e legitimador da conduta estatal.

⁹¹ A crise do Estado Absolutista decorreu, de forma sintética, da superação da legitimidade divina do poder, fundamento este que, conforme já exposto, alicerçava o poder político então vigente, e do surgimento e crescimento econômico da classe burguesa que contradizia a estrutura monárquica patrimonialista com as limitações impostas pelas corporações de ofício à liberdade de exercício das atividades econômicas. O colapso da ordem moral e social absolutista, erguida sobre a injustiça, desigualdade e privilégios, simboliza o começo da emancipação das classes sociais em termos políticos e civis, especialmente para a burguesia que se desfaz dos laços de submissão ao monarca absoluto, e simboliza a ocasião em que se afirma que o poder emerge do povo e da Nação, em sua legitimidade incontestável (BONAVIDES 2004, 36). O sistema absolutista foi alterado, em especial, com o desenvolvimento do capitalismo e do crescente deslocamento do eixo de poder no sentido da sociedade civil, obrigando o Estado a se amoldar aos interesses predominantes na sociedade e a demonstrar que sua existência era voltada para o atingimento de metas universalizantes, de toda a sociedade, daí a utilização de idéias e categorias abertas e totalizantes, como bem comum, satisfação coletiva e interesse público (MARQUES NETO 2002, 31-32).

previamente estabelecidos pelo Legislativo, sendo, portanto, a lei o fundamento e limite da atuação das autoridades administrativas e judiciárias; estabelecimento, respeito e preservação de garantias e liberdades fundamentais aos indivíduos perante o Estado (ARAGÃO 2009, 47-48).

Consagrara-se nesse período, nos dizeres de Benjamin Constant⁹², a “liberdade dos modernos”, ou seja, limitou-se a possibilidade de intervenção e restrições estatais às condutas e ações dos indivíduos, preservando-se a existência de uma esfera privada, distinta da esfera pública reduzida esta à figura estatal, nas qual as ações individuais encontram-se resguardadas das indevidas ingerências do Estado. Dessa forma, as premissas do Estado Liberal se referiam à preservação dos direitos fundamentais pelo Estado (liberdades negativas) resultando, fundamentalmente, no resguardo à propriedade privada⁹³ (titularidade, livre gozo e fruição da propriedade) e na liberdade de iniciativa para o livre exercício das atividades econômicas (liberdade de contratar e empreender), sem qualquer ingerência do Estado. Como já exposto no capítulo anterior, mo Estado Liberal à Administração não competia impor qualquer restrição a tais garantias fundamentais, restringindo suas atividades, em grande medida, à polícia administrativa⁹⁴.

Considerando a teoria política liberal vigente, na seara econômica, a doutrina mercantilista é substituída pelo liberalismo econômico, que exigia uma redução significativa da interferência estatal no domínio econômico, o qual era concebido como um círculo restrito aos particulares, território sagrado e protegido das ingerências estatais. Do ponto de vista econômico, o liberalismo avoca aos indivíduos a tarefa

⁹² “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privado; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios. (...) A independência individual é a primeira das necessidades modernas. Conseqüentemente, não se deve nunca pedir seu sacrifício para estabelecer a liberdade política. (...) A liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna” (CONSTANT 1985, 15-16, 19, 21).

⁹³ John Locke observa que o maior e principal objetivo dos homens ao se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é para preservarem a propriedade. Os homens ao constituírem uma sociedade abandonam a igualdade, liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, agindo de tal forma com a intenção de preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade. Nesse sentido são as palavras de Locke, “e como não podemos supor que um ser racional troque a sua condição para pior, o poder da sociedade ou o legislativo constituído não é tampouco de se supor que se estenda para além do bem comum, ficando na obrigação de garantir a propriedade de cada membro (...)” (LOCKE 2002, 92-94).

⁹⁴ Como expõe Paulo Bonavides, o centro de gravidade do Estado Liberal foi a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação de Poderes, a harmonia e equilíbrio funcional do Legislativo, Executivo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante (BONAVIDES 2004, 40).

destes desempenharem de forma desimpedida e livre as atividades econômicas que lhes toca, perseguindo seus interesses individuais, ainda que contraditórios entre si, já que o resultado final seria a satisfação não exclusivamente do interesse individual, mas também do interesse geral da sociedade, ainda que o agente econômico não o soubesse, nem deliberadamente o buscasse (AGUILLAR 1999, 53). Nesse contexto, a atuação do Estado no domínio econômico, além de ter sido muito limitada, não foi orientada a um ideal de distribuição de renda ou de justiça social, reduzindo-se a tarefa estatal a impor uma ordem jurídica que se conciliasse às leis de mercado, permitindo sua subsistência:

Apenas, requer o discurso liberal um direito que institua as fundações do mercado, as regras básicas do jogo, que organize o embate de interesses, mas que não participe dos confrontos senão para fazer valer as regras neles espontaneamente contratadas.

O direito liberal organiza o mercado, mas dele não participa, deixando que os agentes econômicos interessados trabalhem com desenvoltura dentro das regras pré-estabelecidas. O estado constrói a infra-estrutura do mercado, dota-o de aparelhos indispensáveis ao funcionamento, cobre-o com a proteção do direito civil e comercial, para os casos em que algum agente não queira submeter-se às regras que livremente aceitou cumprir (AGUILLAR 1999, 51-52).

Apesar de não se ignorar que na prática possa ter havido algum grau de intervenção direta do Estado no domínio econômico, não se pode afirmar que o Estado Liberal, em sua acepção teórica, pretendeu planejar, coordenar ou desenvolver as atividades econômicas⁹⁵. Cumpre, todavia, esclarecer que não se defende que tenha havido durante o período liberal uma ausência total de regulação econômica por parte do Estado, já que a escolha de se atribuir à iniciativa privada a responsabilidade para liderar o processo econômico representa uma política pública econômica do Estado, feita para a preservação geral do mercado ou até mesmo segundo interesses específicos. Considerando as discussões já empreendidas no presente capítulo, a liberdade de empreender que desfrutou a iniciativa privada em relação ao Estado no período liberal nada mais representa do que a consequência de uma política regulatória estatal pautada pela desconcentração. Dessa forma, a consolidação do Estado Liberal, forjado pelos ideais iluministas e das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, trouxe consigo um modelo de atuação estatal pautado, de certa forma, pelo absentismo, defendendo-se a livre atuação de mercado pelos indivíduos, aos quais incumbia a definição dos rumos

⁹⁵ Observa Aguillar que a propaga omissão do Estado Liberal jamais existiu, não sendo possível negar a existência de regras de proteção ao contrato e à propriedade, o que constituía o espaço de organização estatal da economia à época. Conforme o autor, o Estado Liberal, através de regras jurídicas, fixava as regras básicas do jogo capitalista, instituindo políticas públicas (AGUILLAR 1999, 61).

da economia. Tendo esse objetivo, o Estado Liberal, dominado politicamente pela burguesia, atuou para proteger os interesses dessa classe, construindo a infra-estrutura necessária para o desenvolvimento e progresso das atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares, concedendo subsídios e favorecimentos, empreendendo o protecionismo alfandegário, entre outros (ARAGÃO 2009, 51). O escopo do Estado Liberal, no âmbito econômico, restringia-se em auxiliar a classe burguesa no desempenho das atividades econômicas, sem qualquer ideal de justiça distributiva, direção ou coordenação do mercado.

Ocorre que, conforme já exposto no capítulo precedente em que se analisou a Administração Pública nos paradigmas do direito, a plena liberdade empresarial e a auto-regulação privada da economia não foram suficientes para aplacar as desigualdades socioeconômicas, as quais foram alargadas, muito menos para promover um ideal de justiça distributiva. Nesse quadro de dificuldades, que impossibilita a redução do Estado a um *gendarme* da economia, verifica-se o surgimento do Estado Social, no qual se exige que as políticas públicas gerais e setoriais sejam levadas a cabo para atendimento dos problemas socioeconômicos existentes, mediante a instituição de um modelo de Estado altamente interventivo e distributivo que toma para si largos setores da economia em busca da efetiva materialização dos direitos atribuídos e garantidos aos indivíduos. Para a ocorrência dessa mudança de paradigma, necessária foi a assunção dos ideais de dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais que modificaram a estrutura do Estado exigindo-se deste seu empenho na busca pelo bem-estar social. O Estado Social buscou efetivar a promoção do bem-estar concreto dos cidadãos, a supressão da pobreza e das desigualdades, a promoção da dignidade humana, conduzindo tais ideais políticos ao fortalecimento do ativismo e intervencionismo estatal (JUSTEN FILHO 2002, 17).

Comparativamente com o modelo liberal anterior em que a atuação estatal era residual, e até mesmo indesejável, o advento do modelo social, pautado na consecução de objetivos sociais e coletivos e imbuído nos ideais do keynesianismo, fez com que a atuação do Estado na economia fosse excessivamente alargada, de forma a corrigir as imperfeições geradas pela “atuação livre do mercado”. Analisando os princípios que estruturaram o Estado Social, Guilherme Henrique de La Rocque Almeida, a partir dos apontamentos de Ramesh Mishra, relaciona-os aos princípios apontados no Plano Beveridge⁹⁶ que estabelecem: a responsabilidade estatal na manutenção das condições

⁹⁶ O Plano Beveridge (*Report on Social Insurance and Allied Services* ou Informe Beveridge), publicado na Inglaterra em 1942, representou um plano político concreto de reformas sociais abrangentes e

de vida dos cidadãos, por meio da regulação da economia de mercado a fim de manter elevado nível de emprego e a prestação pública de serviços sociais universais e pessoais; universalidade dos serviços sociais e; implantação de uma rede de segurança de serviços de assistência (ALMEIDA 2009, 47).

Dessa forma, o Estado Social concebido e desenvolvido no século XX teve um perfil fortemente interventivo e distributivo⁹⁷, o que acabou por ocasionar na ampliação das funções estatais, seja mediante o dirigismo estatal de planejamento e coordenação da economia, ou por intermédio de uma atuação direta, não só mediante a prestação de serviços públicos, mas igualmente por meio do desenvolvimento de atividades econômicas de cunho empresarial. Por decorrência do alargamento do papel do Estado na economia, verifica-se uma correspondente transformação das instituições políticas, com o fortalecimento e proeminência do Poder Executivo em detrimento do Legislativo (V. MOREIRA 1997a, 179), já que no Estado Liberal, de feição abstencionista, o estabelecimento de regras gerais e abstratas para proteção das liberdades individuais bastava, diversamente do Estado Social preocupado com a melhoria concreta da vida dos indivíduos e com o equilíbrio socioeconômico do mercado em que a mera edição de normas gerais e abstratas mostra-se insuficiente para os desideratos do Estado, exigindo deste uma postura pró-ativa. Observa-se que no Estado Social o Poder Público avoca para si e suas entidades a tarefa de desempenhar as atividades econômicas necessárias ao atendimento do interesse público e, em certa monta, também algumas atividades empresariais, o que nos possibilita caracterizar a regulação desenvolvida nesse período

universalistas, capaz de implantar um regime de proteção social com ampla aceitação e repercussão. Em sua origem o Plano Beveridge consistiu no planejamento e reforma do serviço de seguridade social inglês, com o intuito de assegurar um nível aceitável de padrão de vida para a população e promover a solidariedade entre as classes sociais (SINGER 1943). Associado às medidas de seguridade social, o Plano Beveridge estabelecia que o governo igualmente deveria assegurar serviços de saúde gratuitos e de qualidade, fornecer os meios para reabilitação profissional e promover a manutenção do emprego.

⁹⁷ Interessantes são os comentários feitos por Marçal Justen Filho acerca dos resultados do Estado Social, segundo o qual “o resultado foi extraordinariamente positivo; espantoso, poderia até dizer-se. As condições de vida elevaram-se a níveis nunca anteriormente experimentados. A expectativa de vida média da população elevou-se radicalmente. Nunca anteriormente os seres humanos experimentaram tamanho conforto e tão grande quantidade de benefícios. Mais do que isso, nunca na História se ofertaram benefícios em termos tão democráticos: saneamento, educação, assistência, previdência foram assegurados para todos os cidadãos, em condições de igualdade (ao menos, formal)” (JUSTEN FILHO 2002, 18). Diversamente, expõe Alexandre Santos de Aragão, a partir das conclusões de Edgar Morin, que a qualidade da assistência prestada aos setores menos privilegiados da sociedade permaneceu no campo da mera fantasia, considerando que a solidariedade administrativa cresceu, mas isto foi insuficiente, impessoal, burocrático e não respondeu às específicas e imediatas necessidades individuais (ARAGÃO 2009, 72).

como concentrada em termos operacionais, atuando o Estado como um agente econômico.

Até a década de oitenta do século XX constata-se a existência de Estados fortemente interventores na economia com o objetivo de se estabelecer equidade e justiça social. Todavia, como já destacado no presente trabalho, a elevação dos passivos governamentais e os sucessivos prejuízos orçamentários acabaram por reduzir a eficiência e capacidade estatal de desempenhar diretamente de forma satisfatória os encargos anteriormente assumidos, demonstrando-se tais atividades, em termos financeiros e econômicos, deficitárias. A manutenção de programas e projetos de satisfação do interesse coletivo demandava recursos dos quais o Estado não mais dispunha, chegando-se ao ponto de as dívidas se acumularem de tal forma a até mesmo impedir o custeio de despesas essenciais (JUSTEN FILHO 2002, 19). Assim, ou se concluía pela retração do Estado ante as necessidades sociais como propugnado pelos neoliberais, ou se adotava novas estratégias de atuação compatíveis com a escassez de recursos estatais (ARAGÃO 2009, 68) e com os princípios inerentes ao atual Estado Democrático de Direito. Se a redução dos gastos públicos com o desenvolvimento direto de atividades econômicas é uma realidade inafastável e a propagação de retorno aos ideais liberais de abstenção estatal não se mostrava como uma solução viável, necessário foi que os Estados revissem suas políticas regulatórias, a fim de torná-las eficientes e eficazes.

3.3.2 Origem e fundamentos do Estado Regulador

Conforme já exposto, o Estado Social, conhecido como Estado Intervencionista foi caracterizado pela intervenção estatal direta na economia, sendo tal período marcado pela estatização de diversas atividades econômicas por razões estratégicas, afirmando-se a soberania estatal como provedor único do interesse público ante a fragilidade dos agentes privados. No entanto, o esgotamento do padrão de financiamento do setor público acabou por esgotar esse modelo interventor de tal forma que se percebeu um sensível deslocamento do Estado da produção direta de utilidades públicas para os atores privados, especialmente de atividades até então monopolizadas pelo Poder Público (MARQUES NETO 2006a, 73).

O crescimento exagerado do Estado e a incorporação de um número excessivo de atividades econômicas em sua pessoa, muitas exercidas em regime de monopólio, acarretaram paralelamente um aumento de sua capacidade de arrecadação de impostos e recursos, fato este que aos poucos começou a gerar visíveis distorções. Como exposto por Luiz Carlos Bresser Pereira, verificou-se que as transferências do Estado foram sendo capturadas pelos interesses especiais de empresários, da classe média, e de burocratas públicos, bem como se verificou que as empresas estatais, que inicialmente se revelaram um eficiente mecanismo de realização de poupança forçada, na medida em que realizavam lucros monopolistas e os investiam, tiveram suas funções esgotadas, ao mesmo tempo em que sua operação se demonstrava ineficiente ao adotar os padrões burocráticos de administração (PEREIRA 1997, 13). A Administração do Estado Social mostrava-se ineficiente e incapaz de atender com qualidade às demandas sociais de uma sociedade formada de cidadãos clientes desse grande Estado Social que se erigiu no século XX e já apresentava os principais sintomas de sua derrocada e necessidade de sua substituição por uma Administração Pública Gerencial. À medida que a crise fiscal do Estado Social se intensificava na década de 80 do século passado e sua poupança pública se tornava negativa, acarretando perda de sua autonomia financeira e sua imobilidade perante tal crise, as limitações desse modelo interventor se mostravam cada vez mais nítidas, em especial suas limitações gerenciais, de forma que a crise de governança, que no limite se expressava em episódios hiperinflacionários, tornava-se total, podendo se afirmar que o Estado, de agente do desenvolvimento, se transformava em seu obstáculo (PEREIRA 1997, 14).

Outra questão que deve ser considerada para uma adequada análise da crise do Estado Social refere-se à intensificação do processo de globalização⁹⁸ no final do século

⁹⁸ O sentido de globalização se relaciona com dois tipos conceituais: uma dimensão específica da globalização se centra em abordagens políticas e econômicas; já o outro tipo conceitual se centra em abordagens eminentemente sócio-culturais (ARANHA 2005, 5). Nesse sentido, valendo-se da teoria desenvolvida por Immanuel Wallerstein relativa ao *world-system* (WALLERSTEIN 2004) como unidade de análise para compreensão das mudanças da sociedade, Aranha (2005 5-16) esclarece que, em termos políticos e econômicos, a globalização pode ser encarada como: a) forma especial de aceleração da mobilidade mundial atingida com o declínio do modelo de Estado Social no século XX, de forma que a globalização representaria o abandono do indivíduo à sua sorte em virtude do enfraquecimento do poder e da vontade normatizadora do Estado, institucionalizando-se mediante a queda de diversas regulamentações estatais, ecológicas, sindicais, assistenciais e fiscais; b) em termos políticos, a globalização designa uma postura disseminada pelos Estados Nacionais de submissão aos desígnios de um mercado transnacional, incluindo-se nesse discurso políticas de desregulação de diversos setores da economia; c) paralelamente ao definimento da figura do Estado verifica-se uma auto-gestão da atividade econômica com a decorrente possibilidade de imposição pelo mercado de rumos à atividade política e de estabelecimento de limites, inclusive punições, aos Estados que não se alinharem ao padrão de demandas econômicas. Fala-se aqui do

XX, o qual reforçou os ecos e anseios por uma reforma administrativa do Estado rumo a um paradigma gerencial e eficiente. A globalização proporcionou um aumento expressivo do comércio internacional, bem como das atividades de investimentos e financiamentos por instituições internacionais e empresas multinacionais, o que fez com que a concorrência internacional fosse elevada e que o mercado mundial ganhasse mais espaço ao ponto de romper com uma série de barreiras nacionais criadas pelos Estados e de transformar a competitividade internacional em condição de sobrevivência para o desenvolvimento econômico de cada nação (PEREIRA 1997, 14). Paralelamente a esse aumento de produção e eficiência dos atores internacionais verificou-se uma relativa perda de autonomia dos Estados, os quais não possuíam capacidade suficiente para formular políticas macroeconômicas ou de se isolar do cenário econômico mundial, fazendo com que fossem aprofundadas as diferenças econômicas entre os países e internamente entre os seus respectivos nacionais. Dessa forma, a globalização acarretou uma dupla pressão sobre os Estados: de um lado a necessidade de proteger seus cidadãos, mas não mediante políticas altamente intervencionistas, e, de outro lado, exigia-se que o Estado se tornasse mais eficiente e menos custoso na realização de suas tarefas, aliviando sua carga sobre as empresas nacionais que concorrem internacionalmente (PEREIRA 1997, 14-15). Por certo, a rede de influência social sobre

poder dos *players* do mercado de influenciar e gerar condutas nos Estados Nacionais, mediante pactos globais, que possam lhe propiciar melhores condições de investimentos e retorno, capacidade de negociação esta designada por Ulrich Beck como “subpolítica”, ou seja, como uma negociação e poder para além do sistema político que gera prosperidade às empresas atuantes no quadro da sociedade mundial (BECK 1999, 17-18); d) por fim, a globalização pode ser entendida como a junção entre a política da globalização, entendida como submissão da política estatal aos desígnios do mercado mundial, e a subpolítica, como autogestão da atividade econômica por um poder de mercado supranacional, resultando no globalismo, que representa a idéia de que o mercado mundial bane ou substitui por conta própria a ação política (BECK 1999, 27). Nesse aspecto, a globalização refere-se à ideologia de cunho neoliberal de fortalecimento do mercado em detrimento do controle estatal. Por sua vez, em termos sócio-culturais, a globalização representa, a partir da evolução das telecomunicações, o reconhecimento de sociedades de conhecimento e de informação em substituição ao monopólio da comunicação interestatal. Sob tal aspecto, a globalização representaria um movimento contingente e dialético entre o global e o local, em que se prega a transcendência das fronteiras sob o enfoque da convivência cultural em seus diversos sentidos. Em estudo diverso, analisando a introdução das agências no modelo jurídico-administrativo brasileiro, interessante é a síntese apresentada por Aranha quanto à globalização: “em poucas palavras, a globalização é um processo, que se apresenta com significados complementares nos ramos do conhecimento científico. Comumente, aponta-se a liberdade de mercado internacional como a síntese econômica da globalização orientada por discursos de deificação das propaladas economias modernas. Aliás, a terminologia adotada para designar o processo de aproximação mundial bem denota a posição central do aspecto econômico de abertura comercial. Para sua instrumentalização, idealizou-se a uniformização normativa, a standardização social em padrões culturais e a padronização técnica, reflexo tecnológico do movimento de globalização. Ao lado destas características, predominam também outros fatores como a crescente influência das multinacionais, da tecnologia da informação, do consumismo, da integração regional, da internacionalização dos direitos humanos e, até mesmo, das redes temáticas de pessoas” (ARANHA 2006, 166).

a política pública ampliou-se em complexidade e extensão, sendo que a aproximação dos interesses internacionais às fronteiras estatais, especialmente quanto aos países periféricos, fez com que os Estados passassem a negociar seus ordenamentos jurídicos, deslocando-se o foro de discussão da legislação nacional para organismos internacionais e acordos bilaterais (ARANHA 2006, 166-167)⁹⁹.

Nesse contexto, ergueu-se a bandeira da reforma do Estado e de suas relações com a sociedade, mercado e política, buscando uma solução que não fosse definida pela proeminência da intervenção estatal direta nas atividades econômicas para promoção do desenvolvimento socioeconômico, retirando-se do Estado diversas funções que anteriormente lhe cabiam, o que, todavia, não resultou na adoção de um modelo que pregasse a não intervenção estatal na economia e no mercado. Como exposto por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, a acelerada diminuição do intervencionismo direto do Estado não significa, automaticamente, uma diminuição de toda intervenção estatal no domínio econômico, pelo contrário, a retirada do Estado do exercício de uma atividade econômica não significa, nem pode significar uma redução do intervencionismo estatal, já que a retirada do Estado do exercício direto da atividade econômica corresponde ao crescimento da intervenção indireta estatal sobre a economia (MARQUES NETO 2006a, 73-74), nos moldes de um Estado Regulador. Nesse sentido, a concepção por um modelo regulatório acaba por retratar a redução de diversas dimensões da intervenção estatal direta no domínio econômico, incorporando a regulação uma concepção, de certa forma, de subsidiariedade¹⁰⁰, reconhecendo-se os princípios da livre iniciativa e da liberdade de empreender, reservando-se ao Estado instrumentos regulatórios como meios necessários para se orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais. A adoção da proposta de um modelo de Estado Regulador não redundará, por óbvio no desaparecimento por completo do Estado, afastando-se qualquer relação que possa ter tal modelo com a ideologia neoliberal, pois a perspectiva regulatória estatal assume que o Estado não apresenta habilidades e condições suficientes para o atendimento satisfatório das necessidades

⁹⁹ “(...) a partir de então, o conhecimento detém peso decisivo na determinação da política pública, pois dele dependerá o convencimento dos demais partícipes da comunidade internacional quanto à necessidade ou irrelevância de cada opção política interna. Somente o conhecimento e setores e de subsistemas jurídicos habilita os países a fazerem frente à crítica de mera recepção dos padrões internacionais. Isso ocorre porque a globalização carrega consigo a uniformização jurídica. As políticas públicas nacionais não mais podem destacar-se das ponderações internacionais. Ampliado o rol de partícipes na formulação da política pública, também foi potencializada a inovação” (ARANHA 2006, 167).

¹⁰⁰ A respeito do princípio da subsidiariedade ver (BARACHO 1995).

comuns, o que significa atribuí-las à iniciativa privada tal encargo, acompanhadas da regulação de tais atividades sempre em vista ao atendimento de certos valores fundamentais¹⁰¹. O raciocínio é lógico, deixando o Estado de ser ele o provedor direto e imediato do interesse público consubstanciado em diversas atividades ou bens de relevância social, deve haver um incremento da regulação, sob pena de o Estado descuidar o controle da produção de utilidades de notável relevância e essencialidade¹⁰².

Como assinala Carlos Ari Sunfeld:

A regulação é – isso, sim, característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica (SUNFELD, Introdução às agências reguladoras 2006a, 23).

Promovem-se reformas nos Estados para torná-los menores, focados em atividades que lhe são específicas, que envolvem “poder de Estado”, nas palavras de Luiza Carlos Bresser Pereira (1997 17-18), com maior governabilidade e governança, “com mais capacidade, portanto, de promover e financiar, ou seja, de fomentar a educação e a saúde, o desenvolvimento tecnológico e científico, e, assim, ao invés de simplesmente proteger suas economias nacionais, estimulá-las a serem competitivas internacionalmente” (PEREIRA 1997, 18). Assim, o Estado passa a se apropriar da idéia de que seu papel interventivo, representado na regulação de setores assumidos como de interesse público, é essencial à concretização dos direitos inerentes aos setores regulados. Nesse contexto, o Estado Regulador, sem sombra alguma de dúvida, não é um Estado intervencionista, muito menos abstencionista (Estado mínimo), mas sim um Estado que, embora não promova diretamente o desenvolvimento socioeconômico nem entregue aos agentes privados tal desiderato mediante a desregulação do mercado, atua como “regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido desse desenvolvimento” (PEREIRA 1997, 17).

¹⁰¹ Valendo-se das ponderações de Paolo Lazzara, elucidativas são as lições de Marçal Justen Filho, segundo o qual “as tarefas de garantia e regulação aumentam em medida diretamente proporcional à diminuição da produção direta de bens e serviços; quanto mais o Estado se afasta dos fatores da produção, tanto mais deve reforçar as funções orientadas a suprir a supressão das garantias legais inerentes ao sistema de produção pública de bens e serviços” (JUSTEN FILHO 2002, 23).

¹⁰² Tal observação é necessária em face de possíveis confusões que podem ser observadas quanto à formatação do Estado Regulador na experiência européia e, por conseguinte brasileira, considerando que esta tradição, muito próxima do modelo brasileiro de direito público, parte de pressupostos distintos do modelo norte-americano, consoante anteriormente esclarecido, em que pese caminhar no sentido de introduzir instrumentos próprios desse modelo em seu direito.

O Estado Regulador tem, assim, o papel de coordenação, de gerenciamento, de controle e de intervenção indireta na economia, em um contexto no qual, conforme já afirmado, Estado e mercado não são considerados como sistemas excludentes e não penetráveis, mas sim fenômenos interdependentes e necessários para resguardo e consecução dos direitos fundamentais. Mediante uma lógica gerencial, o Estado Regulador, conciliando-se com o mercado, o assume como um instrumento hábil para realização dos direitos fundamentais, acompanhando de forma conjuntural e ponderada os componentes afetos a determinado setor regulado, tais como seus custos, infraestrutura, tarifas, áreas de cobertura, atendimento, níveis de satisfação dos usuários e prestadores das atividades, dentre outros aspectos, para determinação das opções regulatórias a serem encaminhadas e concretizadas para esse setor, sempre tendo em vista a concretização dos direitos fundamentais¹⁰³. O pressuposto do Estado Regulador é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais, sejam serviços públicos ou privados, essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sobre as quais se aplicam as regulações estatais.

De forma sistematizada e didática, pode-se afirmar que o advento do Estado Regulador trouxe consigo substanciais modificações em face dos modelos anteriores. Inicialmente, cabe destacar a maciça transferência para iniciativa privada de atividades até então desenvolvidas preponderantemente pelo Estado e a paralela liberalização de atividades monopolizadas pelo Estado, colocando-as à livre iniciativa e concorrência. Reduzindo-se o plexo de atividades de atribuição do Estado constata-se, por conseguinte, uma alteração dos instrumentos interventivos estatais, já que o Estado, apesar de permanecer na seara econômica, dela não participa mais diretamente, valendo-se, portanto, de instrumentos normativos e de suas competências políticas para regulação de diversos setores da economia¹⁰⁴. Não se pode também deixar de pontuar

¹⁰³ Nesse sentido, aponta Odete Medauar que a Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade, decorrendo um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos (MEDAUAR 2003, 202).

¹⁰⁴ No Estado Regulador surge um controle indireto regulatório do mercado em detrimento à parcela de desenvolvimento socioeconômico antes absorvida na estrutura burocrática do Estado Social. A intervenção estatal indireta é elevada à categoria de instrumento primordial de realização dos fins de interesse público no âmbito das atividades econômicas, estando a atuação direta estatal proscrita e somente admitida em situações de grande excepcionalidade (JUSTEN FILHO 2002, 24). O Estado abstém-se de prestar diretamente serviços públicos como igualmente afasta-se da exploração direta de atividades econômicas, salvo, como no caso brasileiro, as hipóteses expressamente ressalvadas na Constituição e em caso de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, como expresso pelo art. 173 da Constituição Federal (“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição,

que a regulação estatal não objetiva de forma singela corrigir, eliminar ou atenuar defeitos do mercado, mas destina-se a propiciar a realização de certos valores de natureza política e social, e não só econômicos. Como já exposto no presente trabalho, mercado e Estado agora se pressupõem, representando o mercado um produto da regulação estatal. Como consequência dessa característica, adverte Marçal Justen Filho que o Estado Regulador possibilita a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica, a partir de uma concepção de regramento jurídico dinâmico, preocupada não apenas com a formulação de regras abstratas, mas preponderantemente com a aplicação concreta dessas regras, com a concreta modificação dos contextos de ação de seus destinatários (JUSTEN FILHO 2002, 25). Pode-se afirmar que o Estado Regulador envolve uma atuação administrativa conjuntural, de constante acompanhamento do desenvolvimento dos setores regulados.

3.4. As agências reguladoras no direito brasileiro

Com o advento e fortalecimento da concepção do Estado Regulador, verifica-se, em certa medida, o aumento da atividade regulatória estatal decorrente da distinção entre o prestador das atividades e serviços essenciais de interesse público e os agentes encarregados da correspondente regulação dessa atividade. Tal circunstância possibilita o advento de novos espaços regulatórios estatais, com a consequente emergência de órgãos e entidades voltadas ao desenvolvimento da regulação das atividades econômicas e de interesses específicos, antes relegados às oscilações de mercado, submetidos a instrumentos jurídicos inadequados (MARQUES NETO 2006a, 78). Tal transformação, conforme se pode verificar, não se refere tão somente ao papel do Estado, mas igualmente à modificação do modelo jurídico correspondente e necessário à estruturação do Estado Regulador. Conforme Gaspar Ariño Ortiz, o novo modelo de organização estatal, baseado na redução da atuação estatal e, paralelamente, em melhoras de eficiência e qualidade dos serviços e atividades prestadas pelos particulares, entende que a separação entre a autoridade reguladora e a Administração, atribuindo-se a função regulatória a um ente técnico e independente é condição indispensável para uma regulação eficiente (ORTIZ 1993, 273). São justamente os

a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”).

imperativos desse novo cenário marcante da intervenção estatal sobre a ordem econômica que ensejaram a criação das agências reguladoras, não só no direito brasileiro como em diversos outros países.

Nesse contexto, pode-se concluir que a criação de novos órgãos e instrumentos para efetivação da atividade regulatória pelo Estado representa uma das principais questões relacionadas ao Estado Regulador¹⁰⁵, a qual, no presente estudo, encerra-se no surgimento das agências reguladoras, encarregadas de fiscalizar e regulamentar determinado setor da economia ou atividades que envolvam utilidades públicas, não perdendo de vista sua finalidade precípua como instrumento de regulação, qual seja, de assimilar a conjuntura dinâmica de determinados setores, visando regulá-los para consecução dos direitos fundamentais envolvidos no setor regulado (gerenciamento normativo da realidade).

Nesse contexto, considerando que as agências reguladoras se adéquam ao novo contexto da atividade regulatória estatal, cumpre no presente momento analisar sua origem, natureza, função e principais características, especialmente quanto à função normativa desempenhada por tais entidades, análise esta restrita à experiência brasileira.

3.4.1. A introdução das agências reguladoras no Estado brasileiro

A criação das agências reguladoras como mecanismo de regulação especializada, com poderes de supervisão, fiscalização e normatização de determinados setores e atividades não representou um fenômeno exclusivo do Brasil. Em verdade, a introdução de tais entidades no direito brasileiro decorreu, em certa monta, da experiência dos demais países ocidentais na instituição dessas entidades com competência para o exercício de poderes necessários para a configuração do modelo regulatório adotado, considerando, notadamente, as peculiaridades de cada país e tradição que influenciaram na gênese e desenvolvimento de tais entidades

¹⁰⁵ Destaca Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto que as agências representam uma transformação no modo de o Estado se relacionar com a sociedade e com a economia, pois, inicialmente, a multiplicação de tais entes revela claramente os efeitos das transformações que estão a ocorrer no Estado e na sociedade e deles em face do Direito Público. Tal ângulo de análise permitiria bem divisar a função de regulação que o citado autor entende constituir o núcleo do Estado republicano. Além disso, a partir do enfoque dos órgãos reguladores verifica-se nitidamente a dupla função do poder político: a mediação de interesses públicos especiais e, concomitantemente, a promoção e proteção de interesses públicos difusos. Por fim, em torno das agências se apresentam várias das linhas mestras das transformações em curso, nos parâmetros que constituíam o arcabouço jurídico do paradigma anterior, do Estado Social (MARQUES NETO 2002, 199).

administrativas¹⁰⁶. Inexiste um perfil único e definido para as agências reguladoras, pois, em regra, cada agência apresenta estrutura, função e regimes jurídicos próprios, circunstância esta que não reflete apenas a diversidade de modelos entre os diferentes países, mas também a pluralidade interna de configuração em cada sistema jurídico (JUSTEN FILHO 2002, 52).

Considerando tais premissas, verifica-se que é corrente na doutrina se associar o surgimento das agências reguladoras brasileiras ao movimento de desestatização¹⁰⁷ verificado no Brasil na década de 1990, decorrente do processo de globalização e da necessidade de se estabelecer marcos regulatórios precisos e claros para se conferir maior credibilidade internacional para realização de investimentos em infra-estrutura no país (ARANHA 2006, 165-168). Todavia, não se pode olvidar que, como afirma Alexandre Santos de Aragão, a divisão da Administração Pública em mais de um único centro de poder é um fenômeno de maior amplitude do que o surgimento das agências reguladoras, em que pese não se desprezar a importância destas (ARAGÃO 2009, 263). Por certo, anteriormente à criação das agências reguladoras a partir do Plano Nacional de Desestatização já havia diversas outras entidades e órgãos com funções semelhantes às aquelas desenvolvidas pelas agências¹⁰⁸, tais como o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários, o Instituto Brasileiro do Café, dentre outras. Todavia, tal circunstância não equivale à afirmação de que a proposta das agências reguladoras seja destituída de qualquer inovação, pois, apesar de já existirem entidades e órgãos semelhantes às agências reguladoras no sistema brasileiro, não se pode, contudo, afirmar que os mesmos desempenhavam função regulatória propriamente dita, nos termos sustentados no presente trabalho¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Considerando os objetivos e limites do presente trabalho, para uma análise comparativa quanto à experiência norte-americana ver (SCHWARTZ 1952), (JAFFE 1954), (SCHWARTZ, Administrative law 1976) e (BREYER, et al. 1999). Quanto à experiência européia Cf. (GENTOT 1991), (MORENO 1994), (CASSESE 1996) e (PROSSER 1997). Na literatura brasileira, cabe destacar os estudos de direito comparado realizados por (JUSTEN FILHO 2002) e (ARAGÃO 2009).

¹⁰⁷ Consoante disposto no art. 5º do Decreto n. 2.594/98, que regulamentou a Lei n. 9.491/97 (Programa Nacional de Desestatização), entende-se por desestatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade, bem como a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

¹⁰⁸ Já na década de 1940, Bilac Pinto já apresentava proposições de reformas administrativas, especialmente quanto à intervenção do Estado na economia mediante órgãos de planejamento e fiscalização da implementação de políticas públicas setoriais (PINTO, 1941).

¹⁰⁹ Como nos esclarece Marçal Justen Filho, “(...) é provável que as figuras instituídas anteriormente à segunda metade da década de 90 tenham sido, em maior ou menor medida, influenciadas pelos precedentes desenvolvidos no âmbito do Direito comparado. No entanto, não refletiam nenhuma

Nesse contexto, e considerando as reflexões anteriormente realizadas no presente estudo, pode-se afirmar que o surgimento das agências reguladoras no Brasil retratou a mudança de concepção das funções do Estado, refletindo a busca pela adequação da estrutura organizacional da Administração Pública brasileira a um modelo administrativo gerencial e eficiente, de intervenção estatal na economia de forma diversa daquela que predominou no período anterior, que reduziu substancialmente a atuação direta do Estado em diversos setores da economia em troca do desempenho de competências regulatórias.

Analisando as transformações administrativas no Brasil, sintetiza Luiz Carlos Bresser Pereira em quatro os componentes e processos básicos da reforma do Estado Brasileiro nos anos 90: a) delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e publicização (transferência ao setor público não-estatal de serviços sociais e científicos prestados até então pelo Estado)¹¹⁰; b) redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional; c) aumento da governança do Estado, de sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolva autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés

concepção conscientemente orientada a produzir a instauração de institutos novos no Direito brasileiro. Algumas das figuras referidas remontam a épocas antigas e refletem um modelo desenvolvido espontaneamente ao longo de nossa experiência jurídica. Reconhecer isso equivale a afirmar que todas as figuras referidas no item anterior foram absorvidas sem maior impacto pelo sistema jurídico pátrio. Não houve maior controvérsia acerca das competências, da estrutura organizacional ou da forma de provimento dos servidores nos correspondentes cargos. Muito diversa é a situação das agências produto da inovação legislativa consciente e predeterminada, introduzidas contemporaneamente num mesmo período de tempo” (JUSTEN FILHO 2002, 339).

¹¹⁰ Importante esclarecer que a transição do Estado Intervencionista para o Estado Regulador na experiência brasileira não representou a erradicação total das formas de intervenção direta estatal na ordem econômica, em que pese a efervescência de mecanismos de intervenção regulatória no contexto brasileiro. Nesse sentido, observa Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto que “se bem é verdade, que em alguns setores houve a erradicação da intervenção direta, substituída pela construção de mecanismos de intervenção indireta de caráter regulatório, certo é também que em outros setores houve a introdução de arcabouços regulatórios e a permanência de entes estatais explorando atividades econômicas. No primeiro caso é o que ocorreu no setor de telecomunicações brasileiro. No segundo, colhemos os exemplos do setor de energia elétrica (onde remanesceram operadores estatais) ou do setor de petróleo (onde o principal operador segue sendo uma sociedade controlada pela União)” (MARQUES NETO 2009, 30). Para uma análise da regulação dos setores citados pelo autor no contexto brasileiro ver: telecomunicações (ARANHA 2005) e (MARQUES NETO 2006b); energia elétrica (J. R. OLIVEIRA 2006), (WALTENBERG 2006) e (LOUREIRO 2008); petróleo (SUNFELD 2006b) e (ARAGÃO 2011).

de burocrática), e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução e; d) aumento da governabilidade, mediante a existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação entre os interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta (PEREIRA 1997, 18-19). Verificados os componentes básicos da reforma administrativa brasileira, Luiz Carlos Bresser Pereira defende a adoção de um modelo de Administração Pública Gerencial, ou “nova Administração Pública”, cujas principais características são assim definidas:

- a) orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente;
- b) ênfase no controle dos resultados através dos contratos de gestão (ao invés de controle dos procedimentos);
- c) fortalecimento e aumento da autonomia da burocracia estatal, organizada em carreiras ou corpos de Estado, e valorização do seu trabalho técnico e político de participar, juntamente com os políticos e a sociedade, da formulação e gestão das políticas públicas;
- d) separação entre as secretarias formuladoras de políticas públicas, de caráter centralizado, e as unidades descentralizadas, executoras dessas mesmas políticas;
- e) distinção de dois tipos de unidades descentralizadas: as agências executivas, que realizam atividades exclusivas de Estado, por definição monopolista, e os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder de Estado não está envolvido;
- f) transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos;
- g) adoção cumulativa, para controlar as unidades descentralizadas, dos mecanismos (1) de controle social direto, (2) do contrato de gestão em que os indicadores de desempenho sejam claramente definidos e os resultados medidos, e (3) da formação de quase-mercados em que ocorre a competição administrada;
- h) terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado (PEREIRA 1997, 42)¹¹¹.

Quanto aos principais acontecimentos que marcaram a transição brasileira para um modelo de Estado Regulador, tem-se que:

¹¹¹ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado sintetiza as estratégias a serem utilizadas para a adoção de uma Administração Pública Gerencial, a qual se volta para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados e para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados. Adicionalmente, objetiva-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Afirma-se ainda que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins) (BRASIL 1995, 16).

(...) os marcos normativos desta transição para o Estado Regulador encontram-se no início do processo descentralizador, no Programa Nacional de Desburocratização, objetivando dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal. Na década seguinte, o Decreto 95.886, de 29 de março de 1988, deu novo impulso, transferindo “para a iniciativa privada determinadas atividades econômicas exploradas pelo Poder Público. A opção do art.173 da Constituição Federal de 1988 de limitação da interferência do Estado na atividade econômica a não ser em razão de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo forneceu o arcabouço normativo para a introdução do Programa Nacional de Desestatização por intermédio da Medida Provisória 155/90 convertida na Lei 8.031, de 12 de abril de 1990. Dentro do Programa Nacional de Desestatização, as forças políticas favoráveis ao novo modelo de política de descentralização foram direcionadas, resultando nas Emendas Constitucionais números 6, 8 e 9, de 1995, que possibilitaram a abertura dos setores de petróleo e telecomunicações ao capital estrangeiro e à iniciativa privada nacional mediante privatização de empresas estatais com a venda dos ativos públicos em telecomunicações” (ARANHA 2006, 170).

A reforma administrativa brasileira empreendida na década de 90 do século passado previu um programa de privatizações de empresas estatais prestadoras de serviços públicos como forma de equacionar a crescente deterioração das finanças públicas, transferindo-se à iniciativa privada o encargo de, além de prestar tais serviços, realizar os respectivos investimentos em infra-estrutura, além de se estabelecerem obrigações contratuais de investimento e metas qualitativas e quantitativas para os serviços públicos privatizados e concedidos. Verificou-se no Brasil a partir da década de 1990 um deslocamento da relevância atribuída às modalidades de intervenção estatal, constatando-se um esvaziamento das funções do Estado empresário, por meio do processo de privatizações das empresas estatais, e paralelamente a constituição de um novo aparato regulatório. Todavia, a reforma do Estado brasileiro foi também uma resposta às necessidades de ajustes macroeconômicos de natureza conjuntural, considerando as privatizações e as crescentes concessões de serviço público que ajudaram a financiar o déficit fiscal, contribuindo para a contenção do crescimento da dívida pública (COUTINHO 2002, 71)¹¹². Reforçando a idéia da reforma administrativa

¹¹² Quanto à regulação dos serviços públicos no âmbito da reforma administrativa brasileira, cabe destacar as críticas realizadas por Diogo Rosenthal Coutinho, segundo o qual o projeto de reforma do Estado brasileiro não foi encarado como uma oportunidade para a valorização da universalização dos serviços públicos como um fim alcançado pela adoção de formas institucionais inovadoras e estratégias regulatórias definidas cuidadosamente. Nesse sentido, a regulação econômica no Brasil foi inicialmente concebida como um conjunto de técnicas empregadas com meios alheios a preocupações substantivas e desconectados de valores e desígnios de economia política, de forma que a universalização dos serviços públicos foi almejada como uma espécie de efeito secundário

como instrumento de contenção do déficit fiscal, constata-se que o processo de privatizações e a conseqüente reordenação das estratégias de intervenção estatal foram acompanhados por políticas econômicas que priorizaram a abertura comercial e a sobrevalorização da moeda como forma de contenção da inflação e pela desregulamentação do mercado financeiro como forma de atrair capitais estrangeiros especulativos (V. M. CARVALHO 2002, 14).

Apesar de tais ponderações, pode-se afirmar que as agências reguladoras no sistema brasileiro foram adotadas em decorrência do processo de privatização¹¹³ iniciado na década de 1990, como um instrumento regulatório que refletiu o modelo de regulação adotado pelo Estado brasileiro, alternativo à regulação pelo próprio mercado, nos moldes liberais, ou à regulação por contratos administrativos¹¹⁴. Inicialmente, as agências reguladoras foram introduzidas em um contexto de satisfação da demanda por prestação de serviços públicos, para controle do desenvolvimento de tais atividades pelos agentes privados, considerando o interesse público subjacente a tais atividades. Tanto o é que analisando a Lei n. 8.987/1995 (Lei Geral de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), verifica-se que o citado diploma legal previu a competência do poder concedente de regulamentar e fiscalizar o serviço concedido (art. 29, I)¹¹⁵ e que a

desejável das privatizações, prevalecendo, assim, a faceta alocativa da eficiência econômica sobre a dimensão redistributiva das políticas públicas (COUTINHO 2002, 72).

¹¹³ No presente trabalho adota-se o conceito de privatização desenvolvido por Troncoso Reigada, o qual classifica tal fenômeno em quatro espécies: privatização material da atividade, em que há modificação na titularidade de uma atividade, que deixa de ser estatal e passa para os particulares; privatização da gestão, na qual a competência das tarefas permanece com o Poder Público, porém sua execução é transferida para os agentes privados, como ocorre com a concessão de serviços públicos; privatização do patrimônio, como no caso de privatização de empresas estatais que explorem atividades em sentido estrito, em regime de mercado; e privatização do financiamento, em que são realizados projetos públicos de inversão, mediante formas de financiamento próprias da economia privada (REIGADA 1997, 44-45).

¹¹⁴ Na lição de Pedro Dutra: “(...) quatro fatores concretos contribuíram para definir o modelo moderno das agências reguladoras. O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre estes e usuários. Setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor. O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores obediência às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de eles deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços. (...) Esta se desdobra em três planos, objetivos e complementares entre si: a edição de regras específicas, destinadas aos prestadores de serviço e aos consumidores, a fiscalização do cumprimento dessas regras, dos contratos específicos e da lei, por parte dos prestadores, e, por fim a repressão à violação das regras legais, das obrigações contratuais e das normas regulatórias pelos prestadores de serviço” (DUTRA 1998, 3).

¹¹⁵ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

fiscalização do serviço concedido seria realizada mediante órgão técnico do poder concedente ou por entidade a ele conveniada e, periodicamente, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (parágrafo único do art. 30)¹¹⁶.

Não obstante, cumpre esclarecer que não se supõe que a introdução das agências reguladoras no direito brasileiro seja sinônimo de privatização, ou vice-versa, visto que ao longo do processo brasileiro de “agencificação” foram criadas agências reguladoras para diversos setores relacionados a atividades econômicas em sentido estrito, e não apenas para aqueles em que se verificaram privatizações, propiciando um aumento da intervenção estatal em setores que não se relacionam com a prestação de serviços públicos, como é o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA¹¹⁷, da Agência Nacional de Águas – ANA¹¹⁸ e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS¹¹⁹. Aliás, como observa Carlos Ari Sunfeld, há agências reguladoras em países que nunca conheceram os fluxos de privatização, bem como privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar suas funções regulatórias, seja porque o setor não o justifica ou por opção política (SUNFELD 2006a, 19). Logo, no caso brasileiro, a criação de agências reguladoras não visou regular exclusivamente os serviços públicos privatizados, mas também as atividades econômicas em geral que tenham relevância para o interesse público e para a coletividade e que até mesmo possuam considerável potencial de influência na opinião pública, como esclarece Alexandre Santos de Aragão ao recordar que a ANVISA foi criada após denúncias de venda de medicamentos falsos e adulterados, e do caso da ANS, instituída após os protestos da imprensa e insatisfação da opinião pública com uma série de atitudes das empresas de planos de saúde (ARAGÃO 2009, 268).

¹¹⁶ Art. 30 (...) Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

¹¹⁷ Instituída pela Lei n. 9.782/1999, tendo por finalidade institucional, de acordo com o art. 6º da referida lei, promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

¹¹⁸ Criada pela Lei n. 9.984/2000, tendo por finalidade a implementação, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 3º).

¹¹⁹ Criada pela Lei n. 9.961/2000, tendo por finalidade institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (art. 3º).

Semelhante é o raciocínio desenvolvido por Leila Cuéllar, segundo a qual a função das agências reguladoras no Brasil é disciplinar e controlar certas atividades que podem consistir em serviços públicos propriamente ditos, atividades em regime de mercado e livre iniciativa que podem ser desempenhadas pelo Estado e também por particulares e atividades cuja realização pelos particulares decorra de contrato com o Estado (CUÉLLAR 2001, 64)¹²⁰.

Considerando as finalidades e fundamentos utilizados para sua criação, as agências reguladoras brasileiras, ao menos no âmbito federal, se caracterizam por sua natureza técnica, tendo passado por um processo de especialização funcional por seu objeto de análise. Como há uma grande diversidade de serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito que consubstanciam o interesse público e social com características diferenciadas de demanda, investimentos e tecnologia, adotou-se na experiência brasileira um modelo brasileiro pautado na especialização funcional, criando-se uma agência reguladora específica para cada atividade econômica (setor regulado), tendo tais agências sua competência regulatória delimitada de acordo com o princípio da especialidade, conforme o segmento de atividade a que esteja voltada (WALD e MORAES 1999, 151-152). Considerando tais premissas, pode-se verificar hoje a existência de agências federais setoriais relativas a diversos setores, tais como energia elétrica, petróleo, telecomunicações, transportes terrestres e aquaviários e aviação civil. No entanto, cabe pontuar que essa tendência em âmbito federal não se consolidou no campo estadual e municipal, em que se verifica uma maior presença de agências reguladoras que compreendem uma regulação do tipo geral e multissetorial, como, por exemplo, a Agência de Fiscalização do Distrito Federal – AGEFIS¹²¹, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas – ARSAL¹²² e a

¹²⁰ E em outro momento, afirma a citada autora que “mesmo no Brasil, o âmbito de atuação das agências não se restringe aos serviços públicos (privatizados ou não). Agência Nacional de Petróleo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e Agência Nacional de Saúde Suplementar, por exemplo, possuem objeto diverso, pois não regulam, controlam ou fiscalizam um serviço público, mas se referem a uma atividade economicamente relevante (algumas das atividades que eram realizadas sob regime de monopólio estatal, no caso da ANP)” (CUÉLLAR 2001, 78).

¹²¹ Instituída pela Lei Distrital n. 4.150/2008, tendo como finalidade básica implementar a política de fiscalização de atividades urbanas do Distrito Federal, em consonância com a política governamental e em estrita obediência à legislação aplicável.

¹²² Criada pela Lei Estadual n. 6.267/2001, tendo por finalidade a regulação e fiscalização dos serviços públicos delegados e atividades privadas de interesse público.

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA¹²³.

No Brasil, tem-se determinado correntemente que as agências reguladoras se configuram como autarquias especiais¹²⁴, natureza jurídica esta que seria apta a atender aos escopos almejados com sua instituição e coerente com sua especialização funcional, atribuindo-lhe um grau elevado de independência com sua desvinculação da Administração Pública Direta, maior estabilidade aos seus dirigentes e autonomia técnica e financeira. Tal solução tem sido imposta pelas próprias leis instituidoras das agências, sem, contudo, serem consideradas todas as questões envolvidas com tal classificação. Nesse sentido, a distinção das agências reguladoras como autarquias em regime especial representou uma exigência para distingui-las da situação rígida das tradicionais autarquias, visando a criação de entes com autonomia, orçamento fixo e certo, capacidade decisória e diminuta escala hierárquica, dotadas de certa agilidade e em consonância com os anseios da sociedade (CUÉLLAR 2001, 88). Contudo, o fato de se atribuir uma classificação como “especial” às agências reguladoras não acarreta necessariamente um grau preciso e superior de autonomia em relação às demais autarquias, pois, estas podem gozar de uma autonomia tão reduzida quanto os órgãos da Administração Direta, destituídos de personalidade jurídica, ou vice-versa (JUSTEN FILHO 2002, 387).

Caracterizar uma agência reguladora como uma autarquia significa que tal entidade possui personalidade jurídica própria de direito público, sendo titular de patrimônio jurídico próprio, constituindo-se, por conseguinte, em um centro de imputação de direitos e deveres. Já o seu caráter especial, que visa designar uma redução das interferências de outros entes administrativos no desempenho de suas funções (autonomia), dependerá da disciplina legislativa adotada para a sua instituição, pois, classificar legalmente uma agência reguladora como uma autarquia em regime especial não acarreta a incidência de qualquer regime jurídico diferenciado, considerando que não existe um regime próprio e específico para as agências, e nem

¹²³ Criada pela Lei Estadual n. 4.556/2005, incumbindo-lhe o acompanhamento, controle e fiscalização das concessões dos serviços públicos concedidos de distribuição de gás canalizado, abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto na Região dos Lagos.

¹²⁴ Exemplificadamente, pode-se citar o art. 21 da Lei n. 10.233/2001 que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ: Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta Lei.

mesmo para as próprias autarquias que são utilizadas para fundamentar a disciplina jurídica das entidades reguladoras. Logo, a definição do regime jurídico de uma agência reguladora depende da análise de sua lei instituidora, a qual definirá o conjunto de regras e princípios aplicáveis. Em outras palavras, a determinação da noção e abrangência da especialidade das agências decorrerá, em cada caso, das peculiaridades previstas na lei instituidora de cada entidade, cabendo destacar a impossibilidade de se estender os mesmos elementos encontrados em relação a uma agência para outra, sob pena de agressão e desconsideração da própria noção de especialidade, havendo, portanto, graus diferentes de especialidade para cada agência a que se considere uma natureza autárquica especial (CUÉLLAR 2001, 92).

3.4.2. A autonomia das agências reguladoras

Ainda que a expressão “autarquia especial” comporte inúmeros significados, seu núcleo fundamental consiste na ausência de submissão das agências reguladoras, no exercício de suas competências, à interferência de outros entes administrativos (JUSTEN FILHO 2002, 391). No mesmo sentido, afirma Vital Moreira que o traço essencial das agências é a sua autonomia ou independência¹²⁵ de seus membros, não estando organicamente integrados na administração ordinária do Estado, nem sujeitos a orientações ou controle governamental quanto à condução de suas atividades (V. MOREIRA 1997b, 51). Tal autonomia é essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (agentes econômicos), dos usuários dos serviços públicos, consumidores e cidadãos, e ainda do próprio poder político, objetivando-se, assim, a proteção das agências dos interesses governamentais momentâneos e não identificados com a política pública regulatória setorial a ser implementada. Ou seja, a autonomia das agências possibilita que tais entidades sejam um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo (MARQUES NETO 2009, 72). Cabe nesse momento transcrever

¹²⁵ Prefere-se adotar no presente trabalho a expressão “autonomia” ou invés de “independência”, pois, como nos esclarece Carlos Ari Sunfeld, “independência é uma expressão certamente exagerada. No mundo jurídico, preferimos falar em autonomia. Mas garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse Poder” (SUNFELD 2006a, 23-24).

os apontamentos feitos por Carlos Ari Sunfeld a respeito das justificativas para a autonomia das agências reguladoras:

A opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas. A nova realidade da vida exige que o Estado interfira mais na economia? Pois bem, que se lhe reconheçam funções de regulador, mas sem somá-las a todos os vastos poderes de que o Executivo já dispunha. Daí a reivindicação, forte especialmente entre as empresas mais sujeitas a regulação – ou de organizações não-governamentais, em relação, por exemplo, à regulação ambiental –, de que o regulador não seja o Executivo, mas um ente com toda a autonomia possível (SUNFELD 2006a, 25).

Sistematizando os aspectos reveladores do grau de autonomia das agências reguladoras, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto identifica duas espécies de independência¹²⁶: independência orgânica e independência administrativa¹²⁷.

Em termos orgânicos, a independência se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que agências não estarão subordinadas à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor (MARQUES NETO 2009, 73), garantindo-se a autonomia necessária às agências para implementação das políticas regulatórias. Dentre os instrumentos capazes de garantir a independência orgânica das agências, temos a estabilidade de seus dirigentes, representada pela fixação de um prazo específico para o exercício das funções desses dirigentes, os quais, em regra, têm garantida sua inamovibilidade durante seus mandatos¹²⁸, circunstância esta que, por certo, permite a

¹²⁶ O citado autor vale-se do termo independência ao invés de autonomia para evitar possíveis ligações das agências reguladoras com as tradicionais autarquias do direito brasileiro. Todavia, esclarece que o termo independência não deve ser entendido em termos absolutos, no sentido de que as agências não estão submetidas a qualquer controle institucional (MARQUES NETO 2009, 67).

¹²⁷ Em sentido semelhante, Francisco José Zagari Rigolon identifica quatro dimensões que qualificariam a independência das agências reguladoras: “(...) a independência decisória consiste na capacidade da agência resistir às pressões de grupos de interesse no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão dos dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada. A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitam com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma agência com um número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente do que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes. A independência de instrumentos é a capacidade da agência escolher os instrumentos de regulação - tarifas, por exemplo -, de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível. Finalmente, a independência financeira refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução eficiente das atividades de regulação” (RIGOLON 1996, 24).

¹²⁸ O Supremo Tribunal Federal, mediante a ADI n. 1.949/RS, já se posicionou quanto à possibilidade de se estabelecer, mediante lei, restrições à livre exoneração de dirigentes das agências reguladoras: EMENTA: I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta. II.

tais entidades certa resistência às pressões de grupos de interesses e que a agência exerça sem impedimentos suas competências sem indevidas interferências e interrupções. Não se pode olvidar que para a garantia da independência das agências no exercício de suas competências é necessário que tais entidades sejam resguardadas de possíveis e indevidas interferências advindas do setor regulado, sendo comum, nesse sentido, a existência de regras proibitivas de vínculos dos diretores dessas entidades com os setores regulados e de regras que exijam exclusividade no exercício da função de dirigente da agência. Igualmente, verifica-se regras que impõem a chamada “quarentena”, ou seja, a impossibilidade de se recrutar de imediato dos ex-dirigentes das agências, mediante custeio indenizatório por essa restrição à sua liberdade de desempenho de atividades no setor em que exerceu a regulação.

Ainda no plano da independência orgânica, verifica-se a ausência de mecanismos típicos de controle hierárquico, de forma que os atos praticados pelas agências não são passíveis de revisão pela Administração Direta, à qual tais entidades são institucionalmente vinculadas (MARQUES NETO 2009, 75). A inexistência de controle hierárquico impede que a Administração Direta interfira constantemente nas atividades regulatórias desenvolvidas pelas agências, descabendo, portanto, em se falar de exercício da tutela quanto aos atos emanados das agências, bem como sua revisão *ex officio* ou por recurso hierárquico, ainda que impróprio.

Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois, de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembléia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembléia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. 4. A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida. III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma argüida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico. IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido (ADI 1949 MC 1999).

Por sua vez, a independência administrativa, complementando a proteção institucional que reveste as agências, refere-se à garantia dos meios necessários para que tais entidades possam atuar. Trata-se de dotá-las de recursos e instrumentos necessários para o exercício de suas atividades, impedindo que tenham que se socorrer à Administração Direta (MARQUES NETO 2009, 76). Essa independência administrativa se expressa pela autonomia de gestão das agências, ou seja, pela capacidade de tais entidades de organizarem e gerirem seus próprios orçamentos, e pela autonomia financeira, manifestada pela disponibilidade de recursos materiais e humanos das agências em compatibilidade com as atividades a serem desenvolvidas pelas agências¹²⁹. Ademais, a independência administrativa das agências reguladoras se relacionaria com a liberdade destas para organizar seus serviços, alocando as competências e atribuições de seus agentes para o exercício das atividades regulatórias de acordo com seus juízos próprios (MARQUES NETO 2009, 78).

Apesar de ser um tanto quanto redundante, deve-se esclarecer que a autonomia das agências reguladoras não desvirtua seu caráter público, muito menos as torna imune a qualquer controle estatal¹³⁰, o qual é necessário para que se possa verificar o cumprimento das políticas regulatórias estabelecidas em estrita observância aos condicionamentos constitucionais e legais impostos.

3.4.3. A função normativa das agências reguladoras brasileiras

Consoante já afirmado no presente trabalho, a regulação atualmente envolve a adoção de condutas administrativas de caráter conjuntural direcionadas ao acompanhamento e constante reconfiguração dos ambientes regulados, tendo em vista a consecução e resguardo dos direitos fundamentais. Dessa forma, a regulação como acompanhamento e direcionamento das atividades econômicas em sentido amplo envolve diversas atividades, dentre as quais cumpre destacar a função normativa (regulamentar), possibilitando, assim, o gerenciamento normativo da realidade tendo em vista as regras, princípios e objetivos traçados nas políticas regulatórias. O advento do

¹²⁹ “Embora esse objetivo possa ser buscado mediante previsão legal, o ideal e corrente é serem criadas fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória (especialmente mediante a instituição de taxa para fazer frente às diversas manifestações de poder de polícia encontradas nas agências)” (MARQUES NETO 2009, 77).

¹³⁰ Em razão do escopo do presente estudo, para uma análise sobre os controles sobre a regulação estatal Cf. (ZYMLER 2003), (MARQUES NETO 2003), (BRUNA 2003) e (ALMEIDA 2009).

Estado Regulador, em substituição ao Estado Social interventor possibilitou a formatação de políticas regulatórias descentralizadas operacionalmente, em especial quanto aos serviços públicos, fazendo com que o foco de atuação do Estado passasse da intervenção direta na economia para o seu acompanhamento conjuntural, mediante, em grande medida, uma regulação normativa exercida pelas agências reguladoras¹³¹ voltada às especificidades de cada setor econômico.

A concepção de Estado Regulador ora apresentada possibilita que se atribua ao Poder Legislativo o papel de formulador de políticas públicas gerais e de estruturação dos setores de interesse público, incumbindo ao Executivo, por sua vez, a função normativa conjuntural destinada a acompanhar os diversos setores econômicos em seus dinamismos, sempre, todavia, apoiando-se na legalidade, ou seja, nas políticas regulatórias perviamente estabelecidas pelo Legislativo.

Ocorre que a determinação do âmbito do poder normativo desenvolvido pelas agências reguladoras não é tão simples quanto se parece, envolvendo diversas discussões que demandam os devidos esclarecimentos, tais como o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade. Como expõe Alexandre Santos de Aragão, a complexidade das questões envolvendo a função normativa desenvolvida pelas agências decorre da insistência de parte da doutrina brasileira em manter concepções ultrapassadas e totalmente diversas da realidade do Estado contemporâneo (ARAGÃO 2009, 397). Dessa forma, no presente momento, cumpre analisar a adequação da função normativa aos princípios da separação dos poderes e da legalidade, indagando-se os fundamentos e limites do exercício de tal função pelas agências reguladoras brasileiras.

3.4.3.1. A questão do princípio da separação dos poderes

Um dos obstáculos ao reconhecimento do exercício da função normativa pelas agências reguladoras refere-se ao princípio da separação dos poderes, o qual impossibilita a transferência de poderes normativos do Poder Legislativo ao Executivo,

¹³¹ Demonstrando a importância do exercício da função normativa pelas agências reguladoras, Conrado Hübner Mendes chega a utilizar a competência normativa de tais entidades como critério necessário para sua classificação como agências reguladoras: “possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que simplesmente exerça regulação em qualquer de suas formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direitos do particular” (MENDES 2006, 129).

representado na ordem constitucional brasileira como uma cláusula pétrea. Apesar de a doutrina da separação dos poderes estar arraigada à idéia de atributo indissociável à idéia de Estado Democrático de Direito, assim como o princípio da legalidade, não se pode conceber tal doutrina nos moldes em que foram originalmente traçados, desconsiderando-se a evolução de seu sentido histórico. Nesse sentido, ensina Konrad Hesse que “(...) o princípio da divisão de poderes, que se formou sobre a base daquela doutrina, não é um dogma de validade jusnaturalista-intemporal, senão um princípio histórico” (HESSE 1998, 368).

Como é cediço, o núcleo da teoria da separação dos poderes estatais consiste em um mecanismo de repartição das funções desempenhadas pelo Estado, mediante órgãos e entidades diversas, permitindo, dessa forma, o seu amplo e recíproco controle. Apesar de o poder estatal ser uno e indivisível, a Constituição organiza seu funcionamento e o divide quanto ao seu exercício¹³², com o propósito de evitar sua concentração numa única pessoa ou órgão. O Estado, uma vez constituído, desenvolve suas múltiplas atividades através de determinadas funções fundamentais previamente estabelecidas, de forma que o princípio da separação dos poderes encerra em si a virtude do equilíbrio, que o poder não seja absoluto, mas exercido de forma equilibrada e controlada (GRAU 2011, 230). Antes de ser tido como um princípio absoluto, que resulta em estruturas estanques e incomunicáveis, o princípio da separação dos poderes deve representar a interação e equilíbrio de órgãos e entidades que desempenham as funções estatais de forma equilibrada, ponderada e, por que não, eficiente. Como nos esclarece José Afonso da Silva:

Hoje o princípio não configura aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamentos entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes (SILVA, 2005, p. 109).

Partindo-se da premissa de que o poder estatal compreende várias funções, Eros Grau esclarece que as mesmas podem ser classificadas a partir das autoridades que as exercem, segundo um critério orgânico ou institucional, redundando nas funções

¹³² Paulo Bonavides leciona que o poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível, sendo que a divisão somente ocorre quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal (BONAVIDES 2000, 109).

legislativa, executiva e jurisdicional. Por sua vez, há a possibilidade de se agruparem as funções estatais segundo um critério material, propiciando classificá-las como função normativa, relativa à produção de normas jurídicas, função administrativa, relacionada à execução das normas jurídicas, e função jurisdicional, de aplicação das normas jurídicas (GRAU 2011, 232).

Semelhantemente, Celso Antônio Bandeira de Mello, analisando os critérios de distinção das funções do Estado, leciona que os mesmos podem, em última instância, ser reduzidos a um critério subjetivo e um critério objetivo, este, a seu turno, subdivide-se em critérios material e formal (BANDEIRA DE MELLO 2007, 32). O critério subjetivo identifica a função de acordo com o sujeito que a produz, buscando uma correspondência entre um dado conjunto orgânico e certa função. Como observa o ilustre doutrinador, tal critério seria insatisfatório, pois todos os poderes exercem as três funções estatais, porém de maneira normal e típica aquela que lhe corresponde primordialmente e, em caráter menos comum, funções pertinentes a outros órgãos estatais, em princípio (BANDEIRA DE MELLO 2007, 33-34). Por sua vez, o aspecto objetivo material reconhece determinada função a partir dos elementos intrínsecos a ela, que radiquem de sua tipologia própria. Contudo, tal critério também seria insuficiente para Celso Antônio Bandeira de Mello, pois a qualificação da função é a que o próprio direito atribui e não em virtude de um aspecto intrínseco (BANDEIRA DE MELLO 2007, 34-35). Já o critério objetivo formal se apega a atributos dedutíveis do respectivo tratamento normativo que lhe corresponda, independentemente da similitude material que algumas atividades possuam entre si. Assim, pela função legislativa o Estado editaria normas gerais, abstratas, que inovam na ordem jurídica, fundando-se direta e imediatamente na Constituição. Já a função jurisdicional seria a atividade na qual o Estado, quando provocado por alguém que entenda haver violação da lei, é chamado para fixar, em definitivo, a aplicação da norma legal ao caso concreto, encerrando, assim, o respectivo litígio. Por fim, a função administrativa ou executiva se relacionaria com a emissão de comandos complementares, ou de atos integrativos, aos preceitos normativos abstratos, com a finalidade de lhes dar completa e imediata operatividade.

A par das divergências doutrinárias existentes acerca das possíveis classificações das funções estatais a partir da doutrina da separação dos poderes, verifica-se que a menção à existência de Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, em sua acepção subjetiva, remete aos centros ativos responsáveis pelo exercício de tais funções, respectivamente, a função legislativa, a jurisdicional e a executiva. Identifica-

se a partir de tal taxonomia os centros ativos que são titulares, precipuamente, de determinadas funções, classificação esta, contudo, distinta do critério material (orgânico), o qual considera as finalidades das funções desenvolvidas pelos agentes públicos. Partindo dessa singela consideração pode-se analisar as funções estatais a partir de uma classificação diversa que, na linguagem de Eros Grau, “liberta-nos da tradicional classificação das funções estatais segundo o critério orgânico ou institucional. Nesta última, porque o poder estatal é visualizado desde a perspectiva subjetiva, alinham-se as funções legislativa, executiva e jurisdicional, a que estão vocacionados, respectivamente, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (GRAU 2011, 234).

Partindo da classificação material das funções do Estado, Eros Grau aponta que a função normativa deve ser entendida como aquela que possibilita a emanação de estatuições primárias, isto é, operantes por força própria, contendo preceitos abstratos e genéricos (GRAU 2011, 236). Tais estatuições primárias são exaradas em decorrência de um poder originário para tanto ou em razão de um poder derivado, o que possibilita afirmar que em hipótese alguma a função normativa se confunde e muito menos se restringe à função legislativa. Para tanto, é necessário se ter em mente a diferença entre lei e norma. Norma representa todo preceito expresso mediante estatuições primárias, que se impõem por força própria, ainda que emanadas de um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão e entidade responsável pela emanação dessa norma. Já a lei representa também uma estatuição primária, exarada, todavia, apenas pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos que tenham recebido delegação legislativa (GRAU 2011, 237). Logo, verifica-se que a função legislativa se identifica com a atividade de emanação de estatuições primárias, contendo preceitos abstratos e genéricos, sob a forma necessária de lei, sendo englobada, portanto, pela função normativa, a qual, frise-se, não se resume à função legislativa, abrangendo também a função regulamentar e a função regimental.

Em síntese, a função normativa assenta-se na primariedade do enunciado normativo, ou seja, ela se impõe por força própria, podendo existir em decorrência do exercício do poder originário, como no caso do Poder Legislativo (em sentido subjetivo), ou em decorrência de poder derivado, a exemplo os regulamentos exarados pelo Poder Executivo, compreendido este também em sentido subjetivo/orgânico (ARANHA 2002, 146-147).

Tendo firme essa importante distinção, o exercício pelo Executivo de expressiva parcela de capacidade normativa representada por seus regulamentos não envolve, necessariamente, o desempenho de função legislativa mediante delegação, o que resultaria em ofensa ou derrogação do princípio da separação dos poderes. Considerando o conceito de função normativa, em sua expressão material, os regulamentos emanados do Executivo representam estatuições primárias, impostas por força própria, mesmo que não produzidas por um poder originário, como seria no caso das leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Tais regulamentos não decorrentes de um poder originário são, portanto, derivados, fundando-se em uma prévia atribuição de capacidade normativa a um dado órgão ou entidade pública contida de forma explícita ou implícita na Constituição ou em lei em sentido formal. O fundamento do poder regulamentar encontra-se na atribuição de poder normativo, ou seja, de uma atribuição de potestade normativa material, de parte do Legislativo ao Executivo (GRAU 2011, 239), o que permite afirmar que o exercício de função regulamentar pelo Executivo não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, nem decorre, necessariamente, de uma delegação para o desempenho pontual e restrito da função legislativa, representando, em verdade, o exercício de uma função própria ao Poder Executivo, em caráter subordinado, decorrente de previsão constitucional ou legal.

O desempenho de função normativa por órgãos e entidades da Administração Pública, especificamente pelas agências reguladoras, representa a necessidade de se compatibilizar o princípio da separação dos poderes com a realidade dinâmica e instável, que exige que as normas jurídicas sejam geradas a partir de padrões dinâmicos e flexíveis adequados a essa realidade, situação esta denominada por Eros Grau como capacidade normativa de conjuntura (GRAU 1978, 48-49). O direito, ao ser utilizado como instrumento para implementação de políticas públicas regulatórias, passa a se relacionar não somente com situações estruturais, mas também, e especialmente, situações de ordem conjuntural, de forma que as normas jurídicas não podem ser mais tomadas como categorias absolutas e perpétuas, devendo constantemente ser adequadas à realidade a que buscam regular. Ou seja, para uma adequada regulação é necessário que as normas regulatórias sejam igualmente flexíveis e dinâmicas à realidade a que se propõem regular, sob pena de insucesso da respectiva política pública¹³³. Nesse sentido

¹³³ “(...) a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural –, impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar

é o posicionamento de Bruce Ackerman, com as devidas ressalvas, de que “(...) há muito já ultrapassamos uma compreensão de regulação burocrática, baseada na teoria da *correia de transmissão* da legitimidade burocrática, segundo a qual *os peritos* simplesmente especificam as determinações contidas na lei. Reguladores fazem a lei e não almejaríamos que fosse de outra forma” (ACKERMAN 2009, 74).

Em razão do posicionamento ora apresentado, rechaça-se a fundamentação da função normativa exercida pelas agências reguladoras brasileiras a partir da teoria da deslegalização. Expõe Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que a deslegalização representaria uma espécie de delegação legislativa, paralela à delegação receptícia e à delegação remissiva (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ 1995, 247).

A delegação receptícia consistiria na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para a produção de normas jurídicas com força de lei, adstrita, todavia, a um quadro delimitado e a período determinado pelo ato de delegação. Tal delegação equivale à lei delegada brasileira, prevista no art. 68 da Constituição Federal¹³⁴, em que seu exercício pelo delegatário esgota e consome a delegação (MOREIRA NETO 2007, 217). A delegação remissiva, por sua vez, consiste na remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, condicionada à prévia ordenação estabelecida pela lei (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ 1995, 261). Esse tipo de delegação normativa representaria o poder regulamentar atribuído tradicionalmente ao Chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos visando à fiel execução das leis (art. 84, IV, da Constituição Federal).

Já a deslegalização trata-se da “operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, abre esse tema à disponibilidade da potestade regulamentar da Administração” (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ 1995, 268). Em outras palavras, a deslegalização representa o processo de transferência da disciplina de determinada matéria, normalmente reservada à lei em sentido formal, para a seara dos regulamentos. A deslegalização decorre da doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado pela jurisprudência do Conselho de Estado,

correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações de conjuntura econômica estão, a todo o tempo, a impor” (GRAU 2011, 228).

¹³⁴ Como observado por Gustavo Binbenojm, esse tipo de delegação trata-se das hipóteses em que o Poder Legislativo acorda delegar ao governo o poder de criar normas com força de lei formal, fazendo-o através de lei delegante (no Brasil, resolução do Congresso Nacional), a qual delimitará o objeto e alcance da delegação legislativa e dos princípios e critérios que deverão ser seguidos no seu exercício (BINENBOJM 2006b, 272-273).

o qual modificou sua postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição, mas, tão somente, o exercício, passando a aceitar, com fundamento na deslegalização, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*) (MOREIRA NETO 2007, 218)¹³⁵. Nesse sentido, a deslegalização tem sido utilizada para se justificar a função normativa exercida pelas agências reguladoras, considerando que as normas emitidas por tais entidades decorreriam de leis prévias emanadas do Legislativo, o qual abre a possibilidade da regulação de dadas matérias a outras fontes normativas que não a lei em sentido formal¹³⁶.

Considerando o ordenamento jurídico brasileiro, não se pode acompanhar a teoria da deslegalização para fundamentar a função normativa desempenhada pelas agências reguladoras brasileiras, pois não há possibilidade de transferir a competência normativa reservada constitucionalmente ao Legislativo para o Executivo. A Constituição Federal de 1988 é precisa e taxativa ao estabelecer as hipóteses e instrumentos para o exercício de competência normativa pelo Executivo reservada ao Poder Legislativo. Tanto é assim que a atribuição do exercício de tal função estatal pelo Executivo é prevista expressamente pela Constituição nos casos de medidas provisórias (art. 62) e de delegação legislativa, mediante leis delegadas (art. 68), sendo, portanto, pontuais e condicionados os instrumentos de delegação do exercício da função legislativa. Nesse sentido, valiosas são as lições de Gustavo Binbenbom:

Ora, diante da evidente preocupação do constituinte em delimitar e circunstanciar, expressa ou sistematicamente, as hipóteses, as condições e os instrumentos para o exercício de poder normativo primário pelo Poder Executivo, o que milita em favor da proteção dos administrados, não parece existir fundamento constitucional para a técnica da deslegalização. Revela-se mesmo um contra-senso

¹³⁵ Não se confunde a deslegalização com a delegação remissiva, pois, enquanto a lei de remissão, apesar de ser incompleta, apresenta-se como lei de regulação material, já a lei de deslegalização não é uma norma diretamente aplicável, cujo conteúdo tenha que ser simplesmente completado, como no caso da lei remissiva. A lei de deslegalização não possui conteúdo normativo algum, sendo sua finalidade apenas possibilitar a regulação de dada matéria mediante regulamentos, matéria esta que até então era estritamente regulada por lei (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ 1995, 584).

¹³⁶ Defendendo tal posicionamento, assevera Alexandre Santos de Aragão que: “por este entendimento, com o qual concordamos, não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, porque não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-lo, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?” (ARAGÃO 2009, 422-423).

reconhecer, por um lado, que a Constituição previu, em seu art. 68, hipótese expressa de delegação legislativa, definindo-lhe claros limites e condições, e, por outro, aquiescer com a possibilidade genérica da deslegalização, a qual, ontologicamente, equivale a verdadeira delegação legislativa inominada (ainda que os defensores da técnica procurem apresentá-la como rebaixamento do grau hierárquico de certa matéria, e não como elevação do grau hierárquico do ato regulamentar).

(...) a deslegalização constituiria verdadeira fraude ao processo legislativo contemplado na Constituição, erigido pelo constituinte como garantia dos cidadãos (BINENBOJM 2006b, 277-278)¹³⁷.

Assim, o exercício da função normativa pelas agências reguladoras decorre naturalmente da harmonia preconizada pelo princípio da separação dos poderes, entendido este não em seu caráter subjetivo com atribuições de funções estatais exclusivamente a determinados centros ativos de produção jurídica, mas sim em sua acepção material, como distribuição ponderada, equilibrada e não exclusiva, em regra, do exercício de funções estatais, dentre as quais se encontra a função normativa que engloba a função regulamentar desenvolvida pelas agências reguladoras, de forma subordinada às prévias disposições constitucionais e legais.

Cumprido pontuar que o artigo 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1998, não impossibilita o exercício da função normativa pelo Executivo, e conseqüentemente pelas agências reguladoras. Vejamos o citado dispositivo:

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

I - ação normativa;

Analisando o citado artigo do ADCT, em um primeiro momento poder-se-ia entender que o constituinte pretendeu concentrar no Parlamento o cerne da função regulatória do Estado brasileiro, limitando ao máximo o poder normativo de órgãos não integrantes do Legislativo (GALVÃO 2006, 67-68). Todavia, tal dispositivo deve ser interpretado com cautela para se evitar posicionamentos radicais, no sentido de que se encontra o Executivo alijado do exercício de qualquer competência normativa, a qual se restringiria ao Legislativo. Por certo, extrai-se claramente do artigo 25 do ADCT que

¹³⁷ Em outro estudo, observa Gustavo Binbenbojm que o fato de as agências reguladoras gozarem de um expressivo grau de autonomia não possibilita que seja subvertida a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos, sendo que, em última análise, todo ato emanado dos órgãos e entidades administrativas se sujeita necessariamente ao princípio da legalidade (BINENBOJM, 2006a, p. 99).

não pode mais existir lei que atribua qualquer competência legislativa ao Executivo, à exceção dos casos de prorrogação de tal competência, jamais *ad eternum*, e daqueles expressamente previstos na Constituição. Essa interpretação restringe-se a tais apontamentos¹³⁸, não significando restrição alguma ao exercício da função normativa pelo Executivo, mediante abertura legal exigida pela separação dos poderes vista sob seu enfoque estrutural (ARANHA 2002, 148). Conforme já esclarecido, o exercício da função normativa pelo Executivo não decorre de delegação por parte do Legislativo, mas sim do reconhecimento e autorização do desempenho dessa função de acordo com a própria sistemática de distribuição ponderada e equilibrada do exercício das funções estatais entre os órgãos e entidades do Poder Público.

Por fim, o exercício da função normativa pelas agências reguladoras para o adequado gerenciamento da realidade vertente decorre também da própria falta de tempo e expertise necessária pelo Poder Legislativo para o estabelecimento de diversas soluções para os diferentes campos de atuação da vida atual, especialmente quanto às questões regulatórias, o que exige a existência de órgãos e entidades reguladoras no âmbito da Administração (CYRINO 2010, 236)¹³⁹. As exigências de profissionalização e especialização técnica são notórias ante à atual complexidade socioeconômica que exige o estabelecimento de regulações adequadas e condizentes com a realidade vertente. Nesse sentido, pode-se entender a lógica da separação dos poderes a partir também de uma perspectiva de especialização funcional, consoante preconizada por Bruce Ackerman, a qual, além de garantir o desenvolvimento de políticas públicas em

¹³⁸ Nesse sentido, são as conclusões apresentadas por Gabriel de Mello Galvão a respeito da interpretação dada ao artigo 25 do ADCT: “parece ser este o sentido do art. 25, I, do ADCT, com três aspectos: (i) evitar que a recepção de normas de delegação legislativa anteriores à Constituição pudessem comprometer a eficácia dos poderes legislativos do Congresso em face da indefinição do que teria ou não sido recepcionado; (ii) permitir que o Congresso livremente dispusesse sobre questões de delegação legislativa sob o égide da nova Constituição, sem ter que opor-se à tendência à continuidade, ou à força inercial de situações e estruturas administrativas consolidadas no regime anterior; (iii) desvincular a estrutura administrativa do novo regime democrático daquela concebida no regime militar, no que tange à atuação normativa” (GALVÃO 2006, 69-70).

¹³⁹ Em outro momento, aponta André Rodrigues Cyrino que “a preocupação deles [políticos] tende a ser focada apenas quanto ao mérito das atividades do Estado, bem como de que forma isto atingirá suas possibilidades eleitorais, podendo contaminar uma atuação profissionalizada, potencialmente imparcial e sistêmica, que considere não somente as decisões angariadoras de votos, como também aquelas antipopulares. Os políticos tendem a ter preocupações de curto prazo, voltadas para a obtenção de votos, ao passo que a Administração profissionalizada tem mais incentivos para pensar a longo prazo” (CYRINO 2010, 231). No mesmo sentido, Bruce Ackerman, “considerem-se, por exemplo, os problemas regulatórios advindos da proteção do meio ambiente. Embora normas democráticas possam fornecer princípios diretivos, os parlamentos não têm tempo, tampouco perícia para analisar os dados científicos, em constante evolução, à procura de soluções responsáveis. De fato, quando os parlamentos tentaram tomar decisões específicas sobre meio ambiente os resultados foram, não raro, totalmente contraproducentes” (ACKERMAN 2009, 75).

observância às exigências técnicas, representa também um meio para prevenção da tirania, considerando a atuação técnica e imparcial do agente público (ACKERMAN 2009, 65-68). Encaradas a partir dessa perspectiva, as agências reguladoras são encaradas como mecanismos necessários para realização das políticas públicas de forma profissional e especializada, de acordo com os parâmetros previamente fixados na Constituição e nas leis.

3.4.3.2. Os limites impostos pelo princípio da legalidade

Esclarecida a adequação da função normativa desempenhada pelas agências reguladoras brasileiras ao princípio da separação dos poderes consagrado na ordem constitucional brasileira, cumpre agora analisar a possível existência de conflito entre as normas jurídicas exaradas por tais entidades e o princípio da legalidade, até mesmo para se estabelecer os limites e fundamentos do exercício dessa função pelas citadas entidades regulatórias, pois a dinamicidade da realidade que exige a especialização das atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades estatais, apesar de ocasionar uma tendência generalizada de flexibilização dos modelos de produção normativa, não esvazia o princípio da reserva de lei formal (GALVÃO 2006, 73).

A doutrina brasileira, ao partir da clássica distinção entre regulamentos executivos, delegados e autônomos¹⁴⁰, sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro somente admitira a existência de regulamentos executivos para fiel execução da lei, nos moldes do art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, pois, considerando o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, do texto constitucional, somente a lei, e não os regulamentos emanados pelo Poder Executivo, poderia estabelecer restrições à liberdade e propriedade dos indivíduos, sendo, assim, inconstitucionais as normas jurídicas emanadas pelas agências reguladoras brasileiras. A partir dessa perspectiva, a única função dos regulamentos no direito brasileiro seria a de desenvolver a lei, no sentido de

¹⁴⁰ O regulamento executivo, ou de execução, objetiva apenas a especificação, o detalhamento dos objetivos contidos previamente na lei, não podendo criar obrigações de qualquer natureza, mas apenas reproduzir e desenvolver com exatidão a disciplina fornecida pela lei que o fundamenta. Por sua vez, o regulamento delegado decorre de específica delegação legislativa ao Poder Executivo que se manifesta como norma jurídica capaz o suficiente de inovar na ordem jurídica. Já o regulamento autônomo é aquele que tem por objeto a estatuição de situações não disciplinadas por lei, não necessitando de prévia norma legal autorizadora para sua emanação. Para aprofundamento da distinção entre as espécies de regulamento ver (ATALIBA 1981, 185-208), (GALVÃO 2006, 17-27) e (BANDEIRA DE MELLO 2007, 323-353).

deduzir os diversos comandos nela abrigados. Todavia, considerando os apontamentos realizados no tópico anterior, pode-se concluir que esse posicionamento parte de uma visão equivocada acerca do princípio da separação dos poderes, não o concebendo como mecanismo de exercício ponderado e equilibrado das funções estatais, mas sim como uma proposta inadvertida de separação absoluta do exercício das funções estatais entre centros ativos estanques e, de certa forma, incomunicáveis. Consoante esclarecido no tópico anterior, o Legislativo não detém o monopólio do exercício da função normativa, mas somente da função legislativa, exercida de forma originária, enquanto a função normativa, por englobar a função legislativa, regulamentar e regimental, pode ser exercida tanto em decorrência de um poder originário quanto de um poder derivado, não havendo óbice a partir do princípio da separação dos poderes à possibilidade de o Poder Executivo e, conseqüentemente, as agências reguladoras desempenharem função estatal do tipo normativa.

Superada tal crítica, deve-se ter em mente, como nos adverte Eros Grau, que, quanto à regulação normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, o princípio da legalidade enunciado no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, deve ser entendido em dois sentidos: vinculação da Administração às definições da lei e vinculação da Administração às definições decorrentes e fixadas em virtude de lei, estando no primeiro caso diante da reserva da lei, enquanto no segundo caso há reserva da norma, a qual pode ser tanto legal (lei em sentido formal) quanto regulamentar ou regimental (GRAU 2011, 242). Tendo em mente essa diferença (reserva da lei e reserva da norma), verificam-se situações em que há efetivo respeito ao princípio da legalidade, ainda que o estabelecimento das normas jurídicas não se opere em atos normativos de natureza legislativa. Nesses casos poderá haver atribuição legislativa, expressa ou implícita, para que a Administração desempenhe a função normativa, estabelecendo obrigações de fazer e não fazer que podem se impostas aos indivíduos sem que haja transgressão ao princípio da legalidade. Ou seja, não importa em violação ao princípio da legalidade a imposição, mediante regulamento, de obrigações que exija que alguém adote determinada conduta ou se abstenha dela, desde que tal imposição decorra de lei que a possibilite, submetendo o órgão ou entidade responsável pelo regulamento à lei que estabeleça e defina suas competências e limites de atuação. Ou seja, o fundamento da função normativa desempenhada pelo Executivo (função regulamentar) decorre de uma atribuição de potestade normativa material do Legislativo ao Executivo:

Resta evidenciado, desta sorte, não importar ofensa ao princípio da legalidade inclusive a imposição, veiculada por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, desde que isso decorra, isto é, venham em virtude de lei. Note-se, ademais, que, quando o Executivo expede regulamentos – ou o Judiciário, regimentos –, não o faz no exercício de delegação legislativa (GRAU 2011, 243)¹⁴¹.

Nota-se então que a expressão “lei” contida no enunciado no art. 5º, II, do texto constitucional não pode ser compreendida em seu sentido mais estrito, exclusivamente como lei em sentido formal, o que possibilita compreender o princípio da legalidade em termos relativos, já que o mesmo restará devidamente respeitado mesmo quando as obrigações de fazer e não fazer sejam definidas por atos normativos não-legislativos, como os regulamentos e regimentos. O próprio sistema constitucional brasileiro consagra o entendimento ora apresentado, bastando analisar, para tanto, o disposto nos art. 5º, XXXIX¹⁴², art. 150, I¹⁴³, e parágrafo único do art. 170¹⁴⁴, todos da Constituição Federal. Apesar da distinção das matérias tratadas pelos citados dispositivos constitucionais, o termo “lei” em todos é tomado em seu sentido absoluto, lei em sentido formal, ou seja, ato normativo-legislativo emanado de um centro ativo de exercício de poder específico, qual seja, o Poder Legislativo. Nesses casos o princípio da legalidade cria uma área de incidência exclusiva das normas legais, com exclusão dos demais tipos de normatização, não estatuinto, todavia, uma regra de hierarquia normativa, mas sim uma regra de competência (CALIL 2006, 159).

Tome-se como exemplo o princípio da reserva legal em matéria penal previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional, ao prescrever que “não há crime sem lei anterior que o defina”, qualifica o termo “lei” em sua acepção absoluta, exclusivamente formal, tanto que às medidas provisórias, ato normativo com força de lei, por força do art. 62, § 1º, I, “b”¹⁴⁵, é vedado estabelecer e

¹⁴¹ Semelhantemente, observa Canotilho que devido ao fato de se tratar de uma norma jurídica secundária, condicionada por lei, o regulamento está submetido ao princípio da legalidade da administração, entendido este não apenas em seu sentido negativo (a Administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas também em um sentido positivo, já que a Administração somente pode atuar com base na lei, não havendo espaços livre de lei onde a Administração possa atuar como um poder jurídico livre (CANOTILHO 2003, 833).

¹⁴² Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹⁴³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

¹⁴⁴ Art. 170 (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁴⁵ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

definir tipos penais, nem cominar penas. Assim, se o termo “lei” utilizado no art. 5º, XXXIX, é tão restritivo ao ponto de impossibilitar o manejo de medidas provisórias, o termo “lei” no art. 5º, II, possui menor restritividade, não havendo como se sustentar que o mesmo não possa se referir a disposições veiculadas por medidas provisórias (ARANHA 2002, 149). O raciocínio é singelo: se há matérias que por definição constitucional somente podem ser tratadas por lei, em seu sentido absoluto e formal (ato legislativo), logicamente as demais matérias não abarcadas por tal restrição podem ser tratadas, a princípio, por regulamentos (GRAU 2011, 243). O princípio da legalidade enunciado no art. 5º, II, da Constituição Federal, não pode ser interpretado restritivamente, pois há níveis quanto à extensão do termo “lei”, o qual pode ser concebido como “lei” estritamente formal emanada do Poder Legislativo, ou “lei” como instrumento normativo com força de lei e ainda “lei” como ato normativo (ARANHA 2002, 149), classificação esta que possibilita afirmar os atos normativos exarados pelas agências reguladoras nada mais são do que uma manifestação própria do princípio da legalidade, não havendo, assim, o suscitado conflito do desempenho da função normativa de tais entidades com o princípio constitucional em discussão.

Todavia, em que pese o sistema constitucional brasileiro possibilitar a relativização do princípio da legalidade nos termos ora expostos, ainda que não haja a exigência de reserva legal para a disciplina de algumas matérias, ainda assim deve-se considerar a preeminência da lei quanto ao exercício do poder regulamentar. Como podemos verificar, o sistema constitucional brasileiro equipara determinados atos normativos à lei: medidas provisórias e leis delegadas. Esses atos normativos, previstos constitucionalmente, conferem ao Poder Executivo a possibilidade de exarar atos normativos primários, o que difere dos regulamentos decorrentes do exercício da função regulamentar, que possuem caráter secundário, encontrando seu fundamento na lei, a qual atribui ao Executivo o exercício de competência normativa (CALIL 2006, 159)¹⁴⁶. Sob um ponto de vista estrutural, no caso da regulação normativa desempenhada pelas

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil;

¹⁴⁶ Apesar de tal condicionante, assevera Eros Grau que “a exigência de o exercício sobretudo da função regulamentar condicionar-se a atribuições do Legislativo é mero expediente tendente à promoção do equilíbrio na dinâmica dos poderes tripartidamente organizados, sem que tal signifique a não preexistência de tais funções, como faculdades vocacionadas à integração do ordenamento”, sendo que “acatar o princípio da legalidade, no quadro integrado pelos regulamentos, é só admitir o exercício de potestade regulamentar prévia e normativamente (= por lei) atribuída ao Executivo” (GRAU 2011, 245 e 247).

agências reguladoras, a legalidade exige lei que atribua competência executiva secundária a tais entidades, pois pressupõe prévia abertura legal para a produção de regulamentos setoriais pelas agências, ficando estas sujeitas, no exercício de tal competência, às limitações definidas na lei que atribua o exercício da função normativa.

Destaque-se ainda que as leis atributivas da função normativa às agências reguladoras, em regra, possuem baixa densidade normativa, estabelecendo finalidade e parâmetros genéricos¹⁴⁷, circunstância esta que pode propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente (ARAGÃO 2009, 406). Nesse caso, as leis instituidoras das agências reguladoras, muitas vezes, são calcadas em *standards*, palavras dotadas de baixa densidade normativa, as quais, sem iniciar uma normatização mais completa e exaustiva da matéria a ser regulada, estabelece apenas parâmetros gerais, “um quadro legal da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente” (ARAGÃO 2009, 408 e 410).

Por fim, o princípio da legalidade igualmente justifica a necessária vinculação dos agentes econômicos e demais indivíduos, como os usuários de serviços públicos, às normas emanadas das agências reguladoras, no exercício de sua função normativa de conjuntura, referente à regulação de determinado setor econômico, pois, entendida a legalidade como ato normativo, obrigatório será o acatamento às obrigações impostas pelos atos normativos exarados pelas entidades reguladoras. Tem-se nesse caso, valendo-se da classificação dada por Eros Grau aos regulamentos brasileiros, um regulamento autorizado, que possibilita o pleno exercício da função normativa, decorrente e nos limites da atribuição do exercício de tal função em ato legislativo (lei), podendo as agências criar e impor obrigações de fazer ou não fazer (GRAU 2011, 249).

No presente capítulo concluíram-se as análises teóricas necessárias para embasamento da pesquisa a ser realizada no capítulo seguinte. Foram estabelecidos os conceitos e premissas sobre o Estado Regulador, função regulatória e agências reguladoras, especialmente quanto ao exercício da função normativa por tais entidades, possibilitando, assim, estabelecer os contornos da atividade regulatória desenvolvida pelo Estado e por suas agências. Com as conclusões e análises empreendidas no presente capítulo será possível no capítulo seguinte se realizar uma análise do processo

¹⁴⁷ Nesse sentido, o art. 24, IV, da Lei n. 10.233/2001, estabelece que competente à ANTT “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição”.

normativo das agências reguladoras à luz da teoria discursiva apresentada no capítulo 1, no sentido de se verificar a utilização de mecanismos de legitimação democrática em tais processos. Como base empírica, analisaremos o setor de transportes terrestres e sua agência, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

4. A legitimação democrática da regulação – uma análise do setor de transportes terrestres brasileiro

4.1. A legitimação democrática do processo normativo das agências reguladoras

Considerando a exposição feita nos capítulos anteriores do presente trabalho, verificou-se a insurgência de dois movimentos distintos¹⁴⁸, porém, muitas vezes não observados como necessariamente complementares, que têm proporcionado uma reestruturação da atuação administrativa, uma mudança de perspectiva da política pública brasileira.

Constatam-se mudanças institucionais e organizacionais da Administração Pública brasileira que apontam para sua adequação aos ideais do paradigma do Estado Democrático de Direito, que reduzem seu até então caráter refratário a investidas direcionadas a reduzir a perspectiva autoritária e monolítica do aparato administrativo brasileiro¹⁴⁹. Reduz-se a distância entre Administração, sociedade e cidadão, rompendo-se com a idéia clássica de redução da esfera pública ao Estado, o qual não mais monopoliza a definição e consecução do interesse público, exigindo-se, por conseguinte, uma maior participação popular na esfera administrativa, circunstância erigida por Giannini como uma das características essenciais da Administração Pública contemporânea (GIANNINI 1986, 139-140). Cada vez mais se diminuem os obstáculos à participação popular na condução das atividades administrativas, descobrindo-se e redescobrando-se formas de atuação e relacionamento entre a Administração e a esfera pública pautadas pela consensualidade, deliberação e participação. Aponta-se para o surgimento e fortalecimento de uma Administração dialógica, atrelada à instituição e ao desenvolvimento de processos de interação e comunicação com a sociedade. Em síntese, vale citar as conclusões expostas por Odete Medauar relativas aos principais fatores que provocaram a abertura da Administração rumo a uma atuação democrática,

¹⁴⁸ A respeito ver as seções 2.4, 3.3 e 3.4.

¹⁴⁹ Sobre essa questão ver as discussões empreendidas no capítulo 2, especialmente na seção 2.4.

consensual, em consonância com os influxos advindos da esfera pública, possibilitando, dentre outros fatos, a participação dos cidadãos nos processos de decisão do Estado:

Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade. Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de “formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas”, que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados (MEDAUAR 2003, 210).

Concorrendo para a reestruturação da Administração Pública verifica-se também uma mudança de perspectiva da atuação estatal em diversos setores, não só econômicos, marcada pela substituição de um modelo interventivo por um regulador, em que se consolida um modelo descentralizado de regulação operacional associado a uma regulação normativa centralizada, realizada em grande monta por agências reguladoras aptas a gerenciar normativamente a realidade dinâmica e conjuntural de diversos setores. Nesse aspecto, a regulação normativa desenvolvida pelas citadas entidades regulatórias objetivam a imposição de determinados comportamentos e condutas, pautados em uma intervenção estatal de direção, considerados certos parâmetros e finalidades previamente estabelecidos pela política regulatória do setor, as quais visam à consecução e resguardo dos direitos fundamentais envolvidos na regulação setorial. A regulação apresenta-se como um constante controle e aprimoramento do ambiente regulado, de reconfiguração conjuntural do setor objeto da regulação (*government by policies*), necessária para o acompanhamento diuturno das transformações inerentes ao interesse público, especialmente nas atuais sociedades complexas marcadas pela marcante diversidade sociocultural, objetivando redirecionar determinado setor para um efeito resguardo dos direitos fundamentais envolvidos, mediante agências reguladoras produtoras de normas de caráter conjuntural.

Como já apontado no presente estudo¹⁵⁰, a instituição das agências reguladoras no Estado brasileiro representou a pretensão de despolitização da regulação de setores da economia, objetivando criar um ambiente regulatório pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial, diverso da clássica lógica político-representativa.

¹⁵⁰ No que se refere a essa questão, ver a subseção 3.4.1.

Justamente nesse ponto verificam-se algumas discussões, especialmente a respeito da legitimação democrática da atuação das agências reguladoras, as quais, ao representarem um novo *locus* de definição e implementação de políticas públicas, não se inserem na lógica tradicional da democracia representativa, legitimada pela via eleitoral, muito menos se submete ao vínculo unitário e monolítico existente no interior da Administração Pública¹⁵¹. Expondo essa discussão, observa Paulo Todescan Lessa Mattos que a questão é saber em que medida é legítima e democrática a decisão sobre o conteúdo da regulação por um órgão colegiado não eleito e independente da Administração Direta, em contraposição à decisão monocrática de um Ministro de Estado nomeado pelo Presidente da República eleito pelo voto popular (MATTOS 2002b, 187).

A discussão acerca da legitimidade democrática surge também, em grande medida, pelo fato de que a criação das agências reguladoras no Estado brasileiro, em sua origem, não objetivou a dinamização dos espaços públicos, mas sim destacou o caráter de coordenação de tais entidades de determinados setores, em que a característica prestacional do Estado é substituída por sua feição regulatória, sem se alterar o aspecto unilateral de atuação estatal, já que o Estado deixa de representar um conjunto de bens de necessidade imediata e passa a indicar uma atividade de controle visando a otimização do processo produtivo das necessidades de bem-estar (ARANHA 2010, 171-172)¹⁵². Em outras palavras, mudam-se as práticas e instituições, mas se mantém a idéia de unilateralidade e imperatividade da atuação estatal. Apesar disso, não se pode fugir do debate acerca da legitimidade da atuação das agências reguladoras no processo de gerenciamento normativo da realidade de determinado setor, especialmente se for considerado o fato de que o modelo das agências parece se consolidar no Estado brasileiro, o que reforça a preocupação com a legitimidade das normas expedidas por tais entidades.

¹⁵¹ Sobre essas discussões conferir a introdução ao presente trabalho e as subseções 3.4.1, 3.4.2 e 3.4.3.

¹⁵² E continua Márcio Iorio Aranha ao afirmar que “daí decorre a dificuldade de se falar em espaço público quando se parte do pressuposto de que a finalidade dos órgãos estatais ditos reguladores é de regular não no sentido de intermediar, mas no sentido de direcionar, de controlar, de estabelecer regras de conduta dos tutelados. A referência de dito documento à regulação pública da economia como intervencionismo é representativa do enfoque da regulação a partir de seu caráter controlador em detrimento do aspecto libertário de espaço de discussão. (...) Não se vê no referido Estado Regulador um diferencial senão na compreensão de que não se presta à produção, mas ao controle de atividades. Seus atos, entretanto, permanecem como atos do Estado, ao invés de atos da sociedade no Estado. São atos que transparecem não o resultado de um diálogo, mas decisão de autoridade” (ARANHA 2010, 172).

A questão da legitimidade das agências reguladoras quanto ao exercício de sua função normativa, repita-se, de gerenciamento normativo da realidade, tem sido resolvida mediante mecanismos de responsabilização das agências e de seus diretores. Nessa perspectiva, partindo-se da concepção de burocracia weberiana, pautada na racionalização da atividade administrativa estatal, as agências reguladoras são concebidas como entidades capazes de resolver questões técnicas de forma racional e despolitizada, sem influências políticas (*non-political public agencies*), que não precisam se subordinar ao processo político democrático, mas necessitam ser supervisionadas pelos Poderes Executivos e Legislativo, os quais necessitam prestar conta aos cidadãos (SCHUMPETER 1975, 293). Nesse sentido, os mecanismos de responsabilização das agências reguladoras passam a ser encarados a partir do princípio da eficiência, como no caso dos mecanismos de *accountability*¹⁵³. Verifica-se que nesse debate a participação da esfera pública é diminuta e, até mesmo, indireta¹⁵⁴, restrita ao exercício do sufrágio, o que exige que a questão da legitimidade do desempenho da função normativa pelas agências reguladoras seja analisado a partir de uma perspectiva substantiva, que possibilite uma participação direta e ativa nos processos normativos desenvolvidos por essas entidades, o que torna importante a discussão sobre os meios institucionalizados de participação e as condições efetivas de participação da esfera pública nos processos normativos das agências reguladoras. Tal exigência é inarredável, especialmente se for considerado o fato de que as agências reguladoras têm como objetivo a consecução de políticas públicas, desempenhando tal função a partir de tarefas relacionadas ao aprimoramento do direito através do exercício de sua função normativa, o que exige novas bases para legitimação de seus atos normativos, já que a base das estruturas de legitimação das estruturas administrativas tradicionais já não é mais suficiente¹⁵⁵:

¹⁵³ A *accountability*, em termos gerais, representa a obrigação de membros de órgãos e entidades administrativas ou representativas de prestarem contas às instâncias controladoras e a seus representados. Dessa forma, a *accountability* pode ser horizontal, como no caso do sistema de freios e contrapesos, ou vertical, relativo ao relacionamento entre o resultado de políticas implementadas por um Governo democraticamente eleito e as sanções que os eleitores impõem a esse mesmo governo (PRADO 2006, 225).

¹⁵⁴ “O controle dos cidadãos sobre a burocracia pode ser apenas indireto, uma vez que as instituições democráticas não contêm mecanismos que permitam aos cidadãos sancionar diretamente as ações legais de burocratas. Os cidadãos podem, no máximo, considerar a *performance* da burocracia” (MANIN, PRZEWORSKI e STOKES 1999, 20-21).

¹⁵⁵ Sobre tal questão, pertinentes são os questionamentos apresentados por Daniel Augusto Vila-Nova Gomes em estudo que questiona a legitimidade democrática da regulação do setor de telecomunicações: “(...) será que é possível, num Estado Democrático de Direito, vincular a legitimidade de políticas regulatórias das telecomunicações ao mero atendimento de requisitos legais

As leis de criação e de fixação de competências das agências reguladoras estabelecem parâmetros de atuação na persecução de fins coletivos (políticas públicas), balizando a atividade administrativa por critérios de racionalidade teleológica. As agências reguladoras deverão escolher tecnologias e estratégias de ação eficientes, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – apenas finalidades coletivas estabelecidas em lei devem ser perseguidas. Na medida em que a implantação dos programas teleológicos sobrecarrega a Administração regulatória com tarefas relacionadas ao aprimoramento do direito através de exercício de competência normativa, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente para justificar seus atos (CARDOSO 2010, 283).

A teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas surge como uma alternativa à solução da questão da legitimação dos processos normativos das agências reguladoras brasileiras.

Como já exposto no presente trabalho, a proposta discursiva e democrática de justificação do direito em Habermas pode se resumir no seguinte: legítimas são as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos possam expressar seu assentimento com as mesmas, na qualidade de participantes de discursos racionais de justificação normativa (HABERMAS 2010, 142). A adoção do princípio do discurso sugerido por Habermas implica na necessidade de se reconhecer a possibilidade de participação de todos os possíveis interessados no processo racional de elaboração de normas jurídicas, o que exige, por conseguinte, a introdução das respectivas formas e mecanismos de comunicação e participação dos cidadãos nesses processos, estruturados a partir de um modelo de democracia deliberativa. A perspectiva habermasiana de legitimação democrática das normas jurídicas ganha significativa importância em razão das condições de pluralismo e complexidade que envolvem as atuais sociedades, exigindo que o direito englobe os princípios que possibilitem os processos democráticos de produção normativa, pois, como já esclarecido anteriormente, o direito ao representar uma intersubjetividade compartilhada deve, para se legitimar perante a sociedade e estabelecer e exigir padrões de conduta, permitir a cada cidadão o efetivo acesso aos canais de produção jurídica, possibilitando que os cidadãos se vejam como destinatários e autores do direito. Este, a partir da proposta habermasiana, somente cumprirá sua função de estabilizar expectativas de comportamento caso preserve uma conexão interna com a garantia de um processo democrático de produção normativa, o qual possibilita

de forma e competência? De outro lado, é possível pressupor qual seria a “melhor”, ou mais adequada forma regulação para o setor? Qual o papel que o jogo democrático exerce sobre a atividade de regulação?” (GOMES 2010, 60-61).

que os cidadãos alcancem um mútuo entendimento acerca das normas que regulam a convivência social.

A idéia de política deliberativa na proposta de Habermas ganha substancial relevo, pois os processos de produção normativa, encarados sob uma perspectiva democrático-deliberativa, exigem que se leve em conta a pluralidade de formas de comunicação na quais uma vontade comum pode se formar, não somente pela via de uma compreensão ética, mas também mediante o equilíbrio de interesses e compromissos, por uma escolha racional de meios com respeito a um fim, mediante justificações morais e exames de coerência jurídicos (MATTOS 2002b, 202). O processo de criação das normas jurídicas é reconduzido, assim, às condições formais de comunicação, a uma dimensão dialógica da política deliberativa, que respeita a diversidade social e legitima democraticamente o processo de produção normativa.

Adotar a perspectiva democrática de Habermas nos processos de produção normativa das agências reguladoras implica o reconhecimento da possibilidade de participação de todos os cidadãos em tais processos de regulação normativa concentrada¹⁵⁶. A regulação normativa produzida pelas agências reguladoras somente será legítima, a partir de uma perspectiva democrática, se produzida considerando as premissas de um modelo de democracia deliberativa, em que seja garantida a participação de todos os possíveis atingidos pela regulação a ser implementada de forma normativa. Valendo-se dos termos desenvolvidos por Habermas, pode-se afirmar que, ao se assumir o princípio do discurso por meios jurídicos institucionalizados, estabelece-se o princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora aos processos normativos de regulação setorial desenvolvido pelas agências reguladoras.

O processo de produção normativa das agências reguladoras deve se pautar nos moldes procedimentais da teoria discursiva habermasiana em que se adotam mecanismos deliberativos e democráticos para discussão e tomada de decisões acerca de determinados temas objetos da política normativa setorial a ser desenvolvida, devendo ser disponibilizadas propostas ou minutas de resoluções normativas por parte das agências para que as esferas públicas possam ter alguns pontos de partida para se

¹⁵⁶ Idéia semelhante defende Gustavo Binénbjom, o qual sustenta que “(...) a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências” (BINENBOJM 2006b, 289).

organizarem, debaterem os temas propostos e participarem das negociações e discussões relativas às normas setoriais a serem elaboradas. Nesse contexto, a opinião formada no seio da esfera pública, organizada para discussões e busca de propostas entre as soluções concorrentes, poderá influenciar o resultado dos processos normativos das agências, devendo ser levada em conta nas deliberações promovidas pelos participantes dos discursos de justificação/produção das normas setoriais.

Tendo em mente tal finalidade, faz-se necessário que se institucionalizem processos de produção normativa no âmbito das agências reguladoras que possibilitem a busca do entendimento mútuo, pautado no agir comunicativo, entre os indivíduos interessados na política regulatória a ser desenvolvida, sejam possíveis atingidos por ela ou não. Para tanto, o respeito aos direitos fundamentais é crucial, pois são estes que, nas lições de Habermas, fornecerão as respostas adequadas para a institucionalização das condições ideais de comunicação do processo democrático-deliberativo de produção das normas de regulação setorial. Dessa forma, ao se atrelar a legitimação democrática dos processos de justificação das normas regulatórias à institucionalização dos respectivos procedimentos e condições democráticas e deliberativas que lhe digam respeito, afasta-se a possibilidade de tais processos se tornarem reféns e dependentes de qualidades próprias e específicas de seus participantes que possibilitem agirem coletivamente.

Logicamente, não se deve ser ingênuo ao ponto de crer que a institucionalização de processos e condições de ampla participação social na produção da regulação normativa setorial resolverá todas as questões relativas à legitimação dos processos normativos desenvolvidos pelas agências reguladoras¹⁵⁷. Contudo, é necessário que a racionalidade do sistema obtenha um nível de maturidade tal que possibilite a construção dos processos democrático-deliberativos abertos, pluralistas e inclusivos defendidos no presente estudo, que fomentem a prática democrática construída por formas de vidas e identidades éticas, culturais e socioeconômicas diversas que interagem entre si adotando uma postura não-fundamentalista e de respeito

¹⁵⁷ Por isso, consideram-se pertinentes as colocações de Adriana da Costa Ricardo Schier, segundo a qual “(...) não se pode olvidar, para uma reflexão aproximada da realidade brasileira, a extensa massa de excluídos, em todos os sentidos, que, mais preocupados com a fome e o desemprego, estão totalmente alijados da condição de ‘participantes’. Deveras, parece não ser possível pressupor que a democracia se perfaz pelo mero disponibilizar de canais de participação pelo poder público. Em verdade, tal posição poderá legitimar decisões tomadas por uma minoria, formada quase exclusivamente pelos que já alcançaram a condição de *incluídos* no sistema, os que dispõem de uma cultura participativa. Com isso, esta via democrática que é a participação pode servir como instrumento da manutenção de desigualdade material com o qual se convive no país desde sua colonização” (SCHIER 2002, 167).

recíproco. Essa realidade não representa um modelo pronto e acabado, mas sim um processo em si mesmo, não imune a inevitáveis retrocessos e contingências, caracterizando-se como um aprendizado capaz de corrigir a si próprio. Nesse sentido, pertinentes são as observações de Henrique Ribeiro Cardoso, segundo o qual não há, obrigatoriamente, a necessidade de que os participantes dos processos de produção da regulação normativa setorial pautem-se por um agir comunicativo tomado em seu sentido forte, mas sim que se institucionalizem os processos de elaboração normativa que possibilitem esta modalidade de entendimento, não sendo necessário, inclusive, que se obriguem ou excluam de tais processos aqueles participantes que se pautem por um agir estritamente estratégico, pois tais participantes podem ser identificados pelos demais, dificultando suas chances de influenciar aqueles participantes que já identificaram em sua conduta um caráter meramente egoísta (CARDOSO 2010, 286-285). Vale ainda destacar as lições de Seyla Benhabib, segundo a qual o processo deliberativo é essencial para a racionalidade dos processos de tomada de decisões coletivas, pois os indivíduos quando apresentam seus pontos de vista e posição aos demais devem justificá-los para seus co-deliberantes por meio de articulação de boas razões em um contexto público. Esta circunstância possibilita ao indivíduo raciocinar a partir do ponto de vista de todos os envolvidos (mentalidade ampliada) de forma a convencê-los de seu posicionamento e obter o consentimento dos demais (BENHABIB 2007, 54-55).

Logo, a proposta de legitimação democrática dos processos normativos das agências reguladoras nos termos ora especificados representa uma exigência, ainda que se verifique uma esfera pública pouca ativa ou somente a participação privilegiada de determinados grupos em detrimento de outros, visto que a proposta ora defendida, considerada também como um processo inconclusivo e constante de aprendizado e correção, possibilita a regulação de conflitos e a perseguição de fins coletivos rumo a uma convivência social pautada pelo respeito recíproco. Não se pode olvidar que a democracia, rumo a uma cidadania ativa da sociedade, é um caminho, uma constante construção, que pressupõe erros, obstáculos e desafios a serem enfrentados e superados.

Em face do exposto até o presente momento, pode-se concluir que os processos de produção das normas setoriais desenvolvidos pelas agências reguladoras devem ser participativos, possibilitando o influxo de grupos de interesses e de cidadãos, individualmente considerados, que possam se sentir atingidos pela regulação normativa a ser desenvolvida, devendo os debates e discussões em tais processos considerarem, o

máximo possível, todos os fatos e problemas necessários à discussão pelos participantes. Acresce-se a tais conclusões a observação de que os resultados desses processos devem ser racionalmente demonstráveis (CARDOSO 2010, 287), resultado de um consenso racional, fundado e em respeito às regras do discurso. Recordam-se nesse ponto as lições de Habermas anteriormente apresentadas¹⁵⁸ quanto à possibilidade de consenso na teoria discursiva, no sentido de que o consenso obtido nos discursos de justificação normativa é racional, decorrente do discernimento atestado por via comunicativa e da liberdade de expressão da vontade dos indivíduos envolvidos expressa em procedimentos de formação discursiva da opinião e vontade pública, da aceitação de regras reconhecidas como justas e honestas ou do reconhecimento racionalmente motivado de fatos, normas, valores e respectivas pretensões de validação.

Por fim, deve se ter em mente que, para a legitimação democrática da regulação normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, a formação da opinião e vontade pública de forma democrática deve ser tomada como uma possibilidade complementar à implantação eficiente da política regulatória setorial, finalidade esta utilizada como justificativa para a implementação do processo de agencificação no Brasil. Eficiência e legitimidade não podem ser tomadas como perspectivas antagônicas e excludentes¹⁵⁹. O incentivo à participação social nos processos normativos das agências reguladoras é de todo pertinente, não podendo o Estado oprimir as influências legítimas advindas da esfera pública para formatação e desenvolvimento das políticas públicas setoriais, sob pena de se subverter seu papel de garante de processos inclusivos de formação da opinião e vontade política, como já defendido no presente estudo.

4.2. Uma análise do setor de transportes terrestres brasileiro

4.2.1 A estrutura do setor e sua agência

O setor de transportes terrestres encontra-se atualmente estruturado sobre as premissas básicas e gerais estabelecidas pela Lei n. 12.233/2001, conforme determinado

¹⁵⁸ Sobre o tema ver o item 1.6.

¹⁵⁹ Para um aprofundamento acerca da relação entre eficiência e legitimidade (GABARDO 2003).

pelo art. 178 da Constituição Federal¹⁶⁰, diploma legal este que buscou regular a prestação do serviço de transporte terrestre, o qual, nos termos do art. 22, da Lei n. 10.233/2001, compreende os modais rodoviário, ferroviário, dutoviário e multimodal, objetivando garantir a operação racional e segura dos transportes de bens e pessoas no país, além de dotá-lo da infra-estrutura viária adequada.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, entidade integrante da Administração Pública Federal Indireta, é vinculada ao Ministério dos Transportes e foi criada pela Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Constitui esfera de atuação da ANTT, conforme estabelecido pelo art. 22 do citado diploma legal o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação, a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes, o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, o transporte rodoviário de cargas, a exploração da infra-estrutura rodoviária federal, o transporte multimodal e o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

Analisando as competências a cargo da ANTT, sintetiza Alexandre Santos de Aragão que cabe à citada agência as seguintes atribuições:

(...) editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre; elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais; proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados; fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento; estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas; publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário e rodoviário interestadual e internacional; autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo; autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento; e habilitar o transportador internacional de carga (arts. 24 a 26) (ARAGÃO 2009, 283-284).

O presente estudo tem seu escopo restrito, objetivando apenas analisar as bases gerais do setor de transportes terrestres, sem a intenção de analisar detalhadamente o setor e todos os modais que o integram com sua regulação específica. Contudo, algumas considerações devem ser tecidas a respeito de seus principais modais, quais sejam o ferroviário e o rodoviário.

¹⁶⁰ Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

O transporte ferroviário, durante o Governo Vargas, no final da década de 1930, passou por um processo de saneamento e reorganização das estradas de ferro e promoção de investimentos pela encampação de empresas estrangeiras e nacionais, inclusive estaduais, que se encontravam em situação financeira desfavorável. Assim, foram incorporadas ao patrimônio da União várias estradas de ferro, cuja administração ficou a cargo da Inspetoria Federal de Estradas – IFE, órgão do Ministério da Viação e Obras Públicas, encarregado de gerir as ferrovias e rodovias federais. A referida inspetoria originou, posteriormente, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e o Departamento Nacional de Estradas de Ferro - DNEF. O DNEF foi extinto em 1974 e suas funções foram transferidas para a Secretaria-Geral do Ministério dos Transportes e parte para a Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA, sociedade esta com a finalidade de administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar e melhorar o tráfego das estradas de ferro da União a ela incorporadas.

Contudo, durante o período de 1980 a 1992 o sistema ferroviário pertencente à RFFSA foi gravemente afetado em decorrência da redução de investimentos no setor, de forma que, ante a impossibilidade de se aportar os recursos necessários ao setor ferroviário, o Governo Federal passou a adotar as medidas necessárias para atribuir à iniciativa privada as atividades e serviços afetados ao setor ferroviário, incluindo-se a RFFSA no Programa Nacional de Desestatização – PND, mediante o Decreto n. 473/1992¹⁶¹. Dessa forma, a malha ferroviária da União foi concedida à iniciativa privada entre os anos de 1996 a 1998, objetivando-se contribuir para a reestruturação econômico-financeira do setor, aumentar a eficiência operacional do setor, fomentar o desenvolvimento do mercado de transportes e melhorar a qualidade dos serviços prestados (BRASIL 2011, 3). Em dezembro de 1999, o Governo Federal, com base na Resolução n. 12/1999 do Conselho Nacional de Desestatização e no Decreto n. 3.277/1999, dissolve, liquida e extingue a RFFSA.

Atualmente, a malha ferroviária brasileira encontra-se disposta da seguinte forma (BRASIL 2011, 3-5):

¹⁶¹ Art. 1º Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização – PND, para os fins da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, as empresas:
I – Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA;

OPERADORAS REGULADAS PELA ANTT	EXTENSÃO EM KM	PRINCIPAIS PRODUTOS TRANSPORTADOS
América Latina Logística Malha Oeste	1.945	Minério de ferro, celulose, soja e farelo, açúcar, manganês, derivados de petróleo e álcool e areia
Ferrovia Centro-Atlântica	8.066	Soja e farelo, calcário siderúrgico, minério de ferro, fosfato, açúcar e milho
MRS Logística	1.674	Minério de ferro, carvão mineral, produtos siderúrgicos, ferro gusa, cimento, soja e bauxita
Ferrovia Tereza Cristina	164	Carvão mineral e contêiner
América Latina Logística Malha Sul	7.265	Soja e farelo, açúcar, derivados de petróleo e álcool, milho e cimento
Estrada de Ferro Paraná Oeste	248	Soja, milho, contêiner, trigo e óleo vegetal
Estrada de Ferro Vitória a Minas	905	Minério de ferro, carvão mineral, coque, produtos siderúrgicos e celulose
Estrada de Ferro Carajás	892	Minério, ferro gusa, manganês, cobre, combustíveis derivados do petróleo e álcool
Transnordestina Logística	4.207	Cimento, derivados de petróleo, alumínio, calcário, coque
América Latina Logística Malha Paulista	1.989	Açúcar, cloreto de potássio, adubo, calcário e derivados de petróleo e álcool
América Latina Logística Malha Norte	500	Soja e farelo, milho, óleo vegetal e combustíveis derivados do petróleo e álcool
VALEC/Subconcessão: Ferrovia Norte-Sul	720	Soja e farelo, minério de ferro, areia e minério de ferro

Destaque-se que somente as concessões da Estrada de Ferro Vitória a Minas e da Estrada de Ferro Carajás contemplam o transporte regular de passageiros a longa distância (BRASIL 2011, 10).

Quanto ao setor ferroviário, as atribuições específicas da ANTT encontram-se elencadas no art. 25 da Lei n. 19.233/2001, atuando a agência com o objetivo de integrar as malhas ferroviárias, eliminar restrições de ordem operacional, fiscalizar o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação dos serviços ferroviários, regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, além de contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias. As principais ações da agência até o presente momento visaram ao estabelecimento de marcos regulatórios sobre normas e procedimentos de fiscalização e desempenho, fortalecimento empresarial das concessões, definição de metas de produção e segurança, tráfego mútuo e direito de passagem, usuário dependente e investidor, receitas acessórias, avaliação de trechos com baixa densidade de tráfego e trens turísticos e comemorativos (BRASIL 2011, 10).

Tratando-se do transporte rodoviário, a Lei n. 12.233/2001, art. 22, incisos III, IV e V, concebe-o em três esferas: transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, transporte rodoviário de cargas e exploração da infra-estrutura rodoviária federal.

Como afirma Fábio Marcelo de Rezende Duarte, a administração de rodovias, sejam elas municipais, estaduais ou federais, sempre foi exercida pelo Poder Público, embora nos últimos 40 (quarenta) anos com a decisiva colaboração de empresas especializadas no ramo da construção e conservação de estradas (DUARTE 2003, 2003). Contudo, em 1993, o Governo Federal, mediante a Portaria Ministerial n. 10, criou o Programa de Concessões de Rodovias Federais, de responsabilidade até então do DNER, com o objetivo de transferir à iniciativa privada, mediante concessão, a administração de trechos de rodovias federais. Esse programa de concessões começou a ser implantado com a licitação de 5 (cinco) trechos: BR-116/RJ/SP (Rodovia Presidente Dutra), BR-101/RJ (Ponte Rio-Niterói), BR-040/MG/RJ, BR-116/RJ e BR-290/RS. Paralelamente foram realizados estudos para identificar outros segmentos considerados técnica e economicamente viáveis para inclusão no Programa. Entre os anos de 1997 e 1998, esse estudo foi revisto, incluindo-se no Programa trechos que estavam em obras de duplicação (BR-381/MG/SP entre Belo Horizonte e São Paulo, bem como todo o Corredor da BR-116/SP/PR, BR-376/PR e BR-101/SC, entre São Paulo, Curitiba e Florianópolis), e excluindo outros trechos, que eram objeto de programas de restauração e ampliação de capacidade.

A promulgação da Lei n. 9.277/1996 (Lei das Delegações), criou a possibilidade de Estados, Municípios e o Distrito Federal solicitar a delegação de trechos de rodovias federais para incluí-los em seus Programas de Concessão de Rodovias. A Portaria n. 368/1996, do Ministério dos Transportes, estabeleceu os procedimentos para a delegação de rodovias federais aos estados dentre outras definições. Face às dificuldades para implementação dos programas estaduais, através da Resolução n. 8/2000, o Conselho Nacional de Desestatização recomendou "a revisão do Programa de Delegação de Rodovias Federais, de que trata a Lei n. 9.277/96", e autorizou ao Ministério dos Transportes "adotar medidas necessárias à unificação da política de concessões rodoviárias". Nesse sentido, no ano de 2007, o Governo Federal iniciou a 2ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, Fase I, e concedeu à iniciativa privada 7 (sete) novos trechos de rodovias federais: BR-116/PR/SC, BR-116/PR – BR-376/PR – BR-101/SC, BR-116/SP/PR (Régis Bitencourt), BR-

381/MG/SP (Fernão Dias), BR-393/RJ, BR-101/RJ e BR-153/SP. Nessa fase, as concessionárias devem dotar as rodovias de requisitos mínimos de segurança e conforto aos usuários, iniciando, posteriormente, a recuperação das vias, juntamente com a cobrança dos respectivos pedágios e manutenção dos trechos concedidos. A Fase II da 2ª Etapa referiu-se à concessão da rodovia BR-116/324/BA.

A regulação, outorga e fiscalização das concessões das rodovias federais, após a promulgação da Lei n. 12.233/2011 é desempenhada pela ANTT que tem, desde sua criação, a responsabilidade de gerir os contratos federais de concessão de infra-estrutura rodoviária, tanto os novos quanto os anteriormente sob responsabilidade do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem.

Por sua vez, a gestão dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros foi exercida pelo DNER até o ano de 1990, momento no qual foi editada a Lei n. 8.028/1990 e o Decreto n. 99.244/1990 transferindo a gestão desses serviços para o então Ministério da Infra-Estrutura, criando-se, por conseguinte, o Departamento Nacional de Transportes Rodoviários, vinculado à Secretaria Nacional de Transportes. Conforme disposto pelo art. 225 do Decreto n. 99.244/1990, competia ao citado departamento conceder, permitir ou autorizar, coordenar e controlar o transporte rodoviário interestadual e internacional de pessoas e bens. Em 1991, o Departamento Nacional de Transportes Rodoviários foi extinto por meio do Decreto n. 35/1991, criando-se a Coordenação Geral de Transportes, ainda na estrutura do Ministério da Infra-Estrutura, com os mesmos objetivos do departamento extinto (BRASIL 2005).

Pelo Decreto n. 502/1992 foi criado o Departamento Nacional de Transportes Terrestres, na estrutura do então Ministério dos Transportes e Comunicações, incumbindo a tal entidade a competência para conceder, permitir ou autorizar, fiscalizar, coordenar e controlar o transporte coletivo rodoviário interestadual internacional de passageiros. Com a edição do Decreto n. 731/1993, tal competência foi transferida à Secretaria de Produção, que incluiu em sua organização o Departamento de Transportes Rodoviários, ao qual, de acordo com a Portaria n.º 100/GM/MT/1998, possuía a competência para praticar atos relativos à organização, coordenação, controle, outorga e fiscalização dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros, bem como aplicar o Acordo sobre o Transporte Internacional Terrestre (BRASIL 2005). Por sua vez, a Portaria n.º 92/MT/2000 revogou a Portaria n.º 100/GM/MT/1998 e delegou ao Secretário de Transportes Terrestres a competência

para, no âmbito do transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros, responder pelos atos relativos à organização, coordenação, controle, outorga e fiscalização dos serviços (BRASIL 2005).

A regulação, outorga e fiscalização das permissões e autorizações para a operação dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros passou para a ANTT em 2011, por intermédio da Lei n. 10.233/2001. As ações de regulação e fiscalização do setor têm caráter permanente e objetiva a adequação das rotinas e procedimentos para a efetiva operacionalização dos preceitos estabelecidos pelo citado diploma legal quanto ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, buscando a contínua melhoria dos serviços e a redução dos custos aos usuários desse serviço, quer no transporte regular, quer no de fretamento contínuo, eventual ou turístico.

Quanto ao serviço de transporte rodoviário de cargas, por conta de terceiros e remunerado, estabelece a Lei n. 12.233/2011, art. 14-A que ele depende de inscrição do transportador no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Carga – RNTRC, incumbindo à ANTT organizar e manter tal registro, bem como promover estudos e levantamentos relativos à frota de caminhões, empresas constituídas e operadores autônomos e habilitar o transportador internacional de carga (art. 26, IV e V).

4.2.2. Instrumentos de participação social na regulação normativa concentrada desenvolvida pela ANTT

Como afirma Gustavo Binenbojm, “à translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma correlativa translação dos mecanismos de participação popular” (BINENBOJM 2006b, 290). Com a redefinição da esfera pública e o fortalecimento da necessidade e importância da participação da sociedade na atividade administrativa, especialmente para fins de legitimação democrática dos processos normativos das agências reguladoras, diversificam-se os métodos de participação social, além da tradicional representação política. Diferente não é no Direito Administrativo, como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

(...) a tendência de pluralização das instituições participativas, não só multiplicando-as e facilitando a aplicação das mais tradicionais, como sejam o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, como ampliando

o uso das que estão despontando no campo do Direito Administrativo, como a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado misto, as agências reguladoras e a mais recente delas, a delegação atípica, outorgada às chamadas entidades intermédias (MOREIRA NETO 2007, 14).

Partindo de tais premissas cumpre, no presente momento, analisar e descrever os mecanismos de participação pública existentes no quadro normativo estabelecido para o setor de transportes terrestres. Tal análise se baseará na teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas e no enfoque dado pela teoria da regulação adotada no presente estudo, teorias estas acolhidas como fundamentos teóricos desta dissertação e apresentadas respectivamente nos capítulos 1 e 3. Dessa forma, a análise a ser realizada, antes de representar um estudo exaustivo dos mecanismos de participação social adotados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, visa apontar caminhos de reflexão sobre o modelo de participação social existentes no âmbito da ANTT.

Deve-se esclarecer, contudo, que a participação popular na regulação do setor de transportes terrestres não se restringe aos mecanismos a seguir analisados, podendo tal participação ser enfocada para além dos mecanismos institucionalizados no âmbito da agência. Nesse sentido, a estratégia de privatizações também pode ser analisada como um mecanismo regulatório capaz de fomentar e incrementar a participação popular na regulação setorial quando, por exemplo, a outorga de exploração de rodovias à iniciativa privada vincular trechos atraentes economicamente a outros não tão atraentes, possibilitando assim a ampliação de usuários atendidos e, potencialmente, o aumento da participação social na regulação dessas concessões.

A Lei n. 10.233/2001 (lei de criação da ANTT), em seu art. 68, prevê apenas a audiência pública como mecanismo de participação direta da sociedade nos casos de iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transportes. O citado dispositivo legal apenas faz referência à realização de consulta pública para análise das condições básicas de editais de licitação das concessões a serem outorgadas pela agência (art. 34-A, § 1º). Semelhante disposição encontra-se no art. 32 do Regulamento da ANTT (Decreto n. 4.130/2002) e no art. 108 de seu Regimento Interno (Resolução n. 3.000/2009), com a diferença que as citadas normas destacam também os objetivos das audiências públicas, as quais visam:

I - recolher subsídios para o processo decisório da ANTT;

- II - propiciar aos agentes e usuários dos serviços de transporte terrestre a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos e sugestões;
- III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e
- IV - dar publicidade à ação regulatória da ANTT.

Foi a Resolução n. 151/2003 da ANTT que regulamentou o procedimento da consulta pública, dispondo em seu art. 2º que a consulta pública, diferentemente da audiência pública, representa um instrumento discricionário de apoio ao processo decisório da ANTT quando este não implicar afetação efetiva e direta aos direitos de agentes econômicos ou usuários de serviços de transporte terrestre. Conforme o art. 5º da citada resolução, a instauração de audiências e consultas públicas representa uma competência discricionária da agência, incumbindo à Diretoria Colegiada da ANTT decidir pela necessidade e conveniência da instalação de tais processos de participação. A Resolução n. 151/2003 foi revogada pela Resolução n. 3.026/2009, a qual visou aperfeiçoar as normas vigentes relativas aos processos de audiência pública e consulta pública, não prevendo, todavia, nenhum outro instrumento de participação. Apesar das alterações proporcionadas pela Resolução n. 3.026/2009, este normativo, em seu art. 1º, ainda manteve expressamente a competência discricionária da ANTT quanto à realização das audiências e consultas públicas, deixando ao juízo discricionário da agência o julgamento quanto à necessidade e oportunidade da instauração de tais procedimentos.

Tal cenário foi alterado com a Resolução n. 3.705/2011, que entrou em vigor em 29 de setembro de 2011, editada pela Diretoria Colegiada da ANTT, que dispõe e regulamenta os instrumentos do processo de participação e controle social no âmbito da ANTT. Tal resolução, conforme a exposição de seus motivos, foi editada em razão da necessidade de se aperfeiçoar as normas relativas ao processo de participação e controle social, quer no que se refere aos procedimentos realizados no âmbito interno da ANTT, quer no que concerne à participação dos interessados em eventos integrantes dos processos de participação e controle social, objetivando alcançar maior grau possível de eficiência e eficácia de tais eventos. A partir dessa resolução, verifica-se uma preocupação da ANTT de não só estabelecer mecanismos de participação popular no desempenho de suas competências regulatórias, mas também de dotá-los dos instrumentos e procedimentos necessários capazes de garantir sua eficiência e eficácia, o que, de acordo com a teoria habermasiana, é essencial para garantir as condições

necessárias de participação dos interessados no processo de produção normativa. Além do mais, consoante a seguir será analisado, reduziu-se o juízo discricionário da ANTT quanto à necessidade e oportunidade de instauração dos processos de participação social no desempenho de suas competências regulatórias, chegando-se ao ponto, inclusive, de se estabelecerem casos em que a instauração de tais mecanismos de participação é obrigatória, circunstância esta que reforça a importância da participação popular na definição e implementação da regulação do setor de transportes terrestres. Destaque-se, aliás, que a própria Resolução n. 3.705/2011 foi objetivo de audiência pública, buscando-se contribuições na sociedade para o desenvolvimento e aprimoramento dos mecanismos e procedimentos de participação popular no âmbito da ANTT.

A Resolução n. 3.705/2011, em seu art. 2º, estabelece os seguintes instrumentos de participação e controle social: i) tomada de subsídio, ii) reunião participativa, iii) consulta pública e iv) audiência pública.

Ampliando os objetivos desses instrumentos participatórios, o art. 5º da Resolução n. 3.705/2011, além de elencar os objetivos estabelecidos no art. 108 da Resolução n. 3000/2009, destaca que os citados instrumentos de participação social visam fomentar ou provocar a efetiva participação dos setores envolvidos e da sociedade em geral. Verifica-se, portanto, a preocupação da participação social na regulação setorial desenvolvida pela ANTT, como uma forma de legitimar democraticamente o exercício das competências a cargo da agência, aproximando-se cada vez mais Estado e sociedade, no sentido de que a definição e implementação das políticas públicas regulatórias do setor de transportes terrestres seja um resultado da atuação conjunta de todos os atores envolvidos na regulação do setor, sejam públicos ou privados.

Apesar de não se relacionarem diretamente com os processos de produção das normas de regulação setorial, cumpre analisar, ainda que sucintamente, os mecanismos de participação relativos à tomada de subsídio e à reunião participativa, instrumentos estes mais voltados para o debate e construção de conhecimento técnico sobre determinadas matérias estabelecidas pela ANTT para posteriormente serem desenvolvidas propostas sobre os temas debatidos, como, por exemplo, proposta de regulamentação sobre o tema discutido.

A tomada de subsídio é utilizada para a construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas. A critério da ANTT a tomada de subsídio pode ser aberta ao público ou restrita a convidados identificados pela agência

como importantes ao desenvolvimento das matérias em discussão, dado o caráter técnico e especializado da matéria posta em discussão (art. 2º, I, c/c art. 15, § 1º, da Resolução n. 3.705/2011). O citado instrumento possibilita aos interessados o encaminhamento de contribuições por escrito à agência sobre a matéria previamente definida pela ANTT, em momento anterior à sessão presencial (arts. 2º, I, e 15, *caput*, da Resolução 3.705/2011). A tomada de subsídio, quando aberta ao público em geral, será divulgada mediante avisos na internet, no endereço eletrônico da ANTT, no Diário Oficial da União e em jornais de grande circulação, de alcance nacional, regional ou local, a critério da agência (art. 16, § 1º, da Resolução n. 3.705/2011). Quando restrita a certos convidados, a tomada de subsídio será divulgada mediante convites individuais a pessoas jurídicas e físicas escolhidas a critério da ANTT (art. 16, § 2º, da Resolução n. 3.705/2011). Encerrada a tomada de subsídio, serão elaborados os respectivos registros específicos que serão divulgados no *site* da ANTT, salvo os casos de sigilo (art. 24 da Resolução n. 3.705/2011). O citado registro consistirá em relatório simplificado que conterá as informações destacadas no art. 27 da Resolução n. 3.705/2011, dentre as quais se destaca a descrição dos procedimentos realizados, transcrição das contribuições e indicação dos próximos passos a serem adotados, respectivamente incisos V, VI e VII do citado dispositivo normativo.

Por ser um mecanismo de participação popular recente, consultando o banco virtual de dados da ANTT, verificou-se que somente foi realizada uma tomada de subsídio (Tomada de Subsídio nº 001/2011) para discussão do tema “regulamentação da verificação de adimplência contratual de entidades reguladas pela ANTT”, com o objetivo de se desenvolver posteriormente a proposta de regulamentação. Ainda não foram divulgados os registros sobre as contribuições dadas pelos participantes e discussões realizadas sobre o tema.

Por sua vez, a reunião participativa, semelhante à tomada de subsídio, de acordo com o art. 2º, II, da Resolução n. 3.705/2011, é um instrumento utilizado para construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas, aberta ao público ou, a critério da ANTT, restrita a convidados, que possibilita a participação oral ou escrita (art. 19, § 1º, da Resolução n. 3.705/2011) em discussões presenciais sobre matéria definida pela agência. Considerando o caráter técnico envolvido nas discussões, assim como a tomada de subsídio, a reunião participativa poderá ser restrita a convidados identificados pela ANTT como importantes para o desenvolvimento das matérias em discussão (art. 14, § 1º, da Resolução n. 3.705/2011).

A convocação da reunião participativa segue o mesmo procedimento estabelecido para a tomada de subsídio (arts. 16 e 17, da Resolução n. 3.705/2011), sendo que os interessados e convidados poderão participar das sessões presenciais diretamente ou por intermédio de representantes ou de organizações ou associações que os representem (art. 21, I e II, da Resolução n. 3.705/2011). Apesar de ser possível a participação por escrito nas reuniões participativas, fica a critério da ANTT receber ou não as contribuições apresentadas por escrito (art. 23, da Resolução n. 3.705/2011), sendo que encerrada a reunião deverão ser elaborados os respectivos registros específicos que deverão ser divulgados no *site* da ANTT, salvo os casos de sigilo (art. 24 da Resolução n. 3.705/2011), contendo as informações exigidas no art. 27, da Resolução n. 3.705/2011.

Assim como a tomada de subsídio, por ser um instrumento de participação relativamente recente no âmbito da ANTT, poucas foram as reuniões participativas realizadas, as quais podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- a) Reunião Participativa nº 001/2011: apresentação das alternativas e contribuições da sociedade aperfeiçoar os estudos para o novo acesso ao Km 80 da BR-290, trecho explorado pela Concessionária CONCEPA, aos municípios de Cachoeirinha e Gravataí (BRASIL 2011a);
- b) Reunião Participativa nº 002/2011: 1ª Revisão da Agenda Regulatória da ANTT – receber contribuições da sociedade organizada para o aperfeiçoamento do Eixo Temático 02 – Exploração da Infra-estrutura Rodoviária da Agenda Regulatória 2011 (BRASIL 2011b);
- c) Reunião Participativa nº 003/2011: 1ª Revisão da Agenda Regulatória da ANTT – prestar esclarecimentos sobre a abrangência dos temas colocados no Eixo Temático 1 - Temas Gerais (processo de participação e controle social, comissões tripartites, análise da oferta de bens da concessão em garantia de financiamentos, consolidação dos direitos e deveres dos usuários apuração de infrações e aplicação de penalidades, revisão do glossário de termos técnicos e receitas alternativas), bem como receber sugestões para inclusão de novos assuntos (BRASIL 2011c);
- d) Reuniões Participativas nº 006 e 007/2011: 1ª Revisão da Agenda Regulatória da ANTT – prestar esclarecimentos sobre a abrangência dos temas colocados nos Eixos Temáticos 5 e 6 (respectivamente, Transporte Ferroviário de Cargas e Exploração de Infra-estrutura Ferroviária e Arrendamento dos Ativos Operacionais) da Agenda Regulatória da ANTT, bem como receber sugestões para inclusão de novos assuntos (BRASIL 2011d).

Apesar dos citados instrumentos de participação social direta, ganham destaques as consultas e audiências públicas, importantes instrumentos de aperfeiçoamento da atuação e legitimação democrática da ANTT à medida que, ao

consolidar propostas finais de ação regulatória em proposições normativas¹⁶², possibilitam que o público em geral exponha suas críticas, sugestões e conclusões por escrito e de forma oral sobre matéria definida pela agência. Os citados mecanismos possibilitam que o processo normativo das agências reguladoras seja i) participativo, com a inclusão de representantes de grupos de interesses e de cidadãos possivelmente atingidos ou interessados pela regulação normativa a ser produzida; ii) substancialmente amplo, incluindo-se todos os fatos, detalhes e problemas necessários à discussão; iii) cheguem a resultados demonstráveis racionalmente, tomando por objetivo a obtenção de um consenso, com auxílio das regras do discurso (CARDOSO 2010, 287).

A consulta pública consiste no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes do aperfeiçoamento da medida, geralmente mediante normas de regulação setorial:

A consulta popular indica que a Administração Pública coloca sob a avaliação popular um dado projeto, política ou regulamento que pode ser da sua própria autoria, co-autoria com a população, ou de autoria exclusiva desta, para sua aprovação ou não. Esta disposição da Administração Pública em levar até aos cidadãos os projetos, regulamentos e políticas, ainda na sua fase de aperfeiçoamento, dando-lhes conhecimento, efetiva o princípio da publicidade, condição fundante da participação (SOARES 1997, 161).

No âmbito da ANTT, a consulta pública é prevista no art. 2º III, da Resolução n. 3.705/2011, sendo caracterizada como um instrumento utilizado para consolidar a proposta final de ação regulatória, aberto ao público, e que possibilita aos interessados o encaminhamento de contribuições por escrito sobre matéria definida pela ANTT, em momento diverso da sessão presencial. A consulta pública cabe nos casos que envolverem assunto de interesse geral que deva ser submetido à validação da sociedade (art. 10 da Resolução n. 3.705/2011). Além disso, a consulta pública deve ser realizada obrigatoriamente sempre que for realizado procedimento de audiência pública pela ANTT (art. 12 da Resolução 3.705/2011), disposição esta de todo pertinente, pois a

¹⁶² Considerando que o processo de produção normativa das agências reguladoras deve possibilitar a participação de todos os interessados e possíveis afetados pela regulação normativa a ser elaborada, podemos identificar as seguintes fases desse processo: 1) elaboração do projeto de norma; 2) consulta à sociedade; 3) discussões e deliberações; 4) conclusão e publicação da norma. Tal processo assemelha-se muito com o processo legislativo brasileiro, no qual verificamos 1) uma fase introdutória, de iniciativa de lei; 2) uma fase constitutiva, com ampla discussão e votação da matéria no Legislativo, com a sanção ou veto do Chefe do Executivo e; 3) uma fase complementar, com a promulgação e publicação da lei. Para uma análise dessas fases do processo normativo das agências reguladoras brasileiras em comparação com o modelo de *rulemaking* do *Administrative Procedure Act* norte-americano ver (CARDOSO 2010, 288-298)

consulta pública possibilitará à sociedade verificar se na minuta da resolução regulatória elaborada após a audiência pública foram consideradas todas as discussões, fatos e dados levantados durante as audiências pelos participantes, bem como que em momento posterior sejam mais bem esclarecidas certas questões, possibilitando o aprofundamento das discussões e, até mesmo, o questionamento de equívocos ou imprecisões não verificadas quando da audiência. Tendo em mente tal finalidade, a própria Resolução n. 3.705/2011, em seu art. 13, prevê a possibilidade de diligências junto a órgãos técnicos para esclarecimento de aspectos atinentes à matéria objeto do evento.

As consultas públicas possibilitam que todos os interessados possam previamente dar suas contribuições a respeito de discussões que envolvam assunto de interesse público e geral referente à política pública setorial a ser implementada pela ANTT, podendo os consultados se manifestarem por escrito, utilizando, inclusive, os meios eletrônicos (art. 23, § 1º, I, da Resolução n. 3.705/2011). Expirado o prazo para apresentação das contribuições, deverá a ANTT examinar e se posicionar expressamente acerca das questões e contribuições apresentadas pelos interessados, apresentando as razões para seu acolhimento ou rejeição¹⁶³.

O procedimento de consulta desenvolvido pela ANTT possibilita ainda que seja dado conhecimento de todas as contribuições dos consultados, de forma a possibilitar que os participantes tenham condições de contestarem as informações prestadas (art. 25, VII, da Resolução n. 3.705/2011), instaurando-se um canal de comunicação, no qual os consultados poderão debater melhor suas informações, apresentando os melhores e mais fundamentados motivos para a adoção das propostas feitas. Os participantes poderão “sustentar suas opiniões e vontades através de condições de validade expressas por pretensões de verdade, sinceridade e de correção normativa, resgatáveis discursivamente” (CARDOSO 2010, 293-294). Não se pode olvidar que todos os cidadãos, indistintamente, possuem acesso a todas as propostas

¹⁶³ Art. 25. O registro das Audiências Públicas e Consultas Públicas consistirá em relatório, que deverá conter, no mínimo, as seguintes informações, conforme o caso:

I – especificação do objeto, datas e prazos;

II – indicação da deliberação que autorizou a Audiência Pública ou Consulta Pública;

III – nome dos componentes da mesa, no caso de Audiência Pública;

IV – indicação dos documentos disponibilizados para o recebimento de contribuições e para embasamento técnico e procedimental;

V – informações estatísticas sobre a Audiência Pública ou Consulta Pública;

VI – descrição dos procedimentos realizados; e

VII – transcrição das contribuições, respectivas análises técnicas e razões de seu acolhimento ou rejeição.

apresentadas à ANTT, em atenção ao princípio da publicidade, conforme disposto no art. 24 c/c art. 25 da Resolução n. 3.705/2011.

Por fim, tem-se ainda a audiência pública, a qual, nos termos do art. 2º, IV, da Resolução n. 3.705/2011, é o instrumento utilizado para consolidar uma proposta final de ação regulatória, aberta ao público, que possibilita a participação oral ou escrita em sessões presenciais, sobre matéria que afete restritivamente direitos de agentes econômicos e usuários dos serviços de transportes.

De todos os mecanismos de participação social no âmbito da ANTT, a audiência pública ganha merecido destaque, pois, como nos esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tendo origem anglo-saxônica, sua institucionalização está conotada ao conceito formal do devido processo legal, partindo-se da necessária existência de um direito individual de qualquer pessoa a ser ouvida em matéria que esteja em jogo seu interesse, seja concreto ou abstrato (*right to fair hearing*) (MOREIRA NETO 2007, 255)¹⁶⁴. Como afirma Gustavo Justino de Oliveira, “é mediante a realização dessas audiências que se garante um direito fundamental dos cidadãos, que é o direito de ser ouvido, o direito de poder opinar, de modo eficaz, notadamente a respeito daqueles assuntos que interessam à coletividade” (G. J. OLIVEIRA 2010, 26).

Ademais, a realização de audiências públicas durante o processo de elaboração das normas de regulação setorial possui um forte sentido informativo (G. J. OLIVEIRA 2010, 28), tanto para a agência quanto para os cidadãos e agentes econômicos que atuam no setor, possibilitando a obtenção de dados por parte do público, além de proporcionar à agência a ampliação de seu conhecimento acerca da matéria posta em discussão. Trata-se da aplicação do princípio da realidade às audiências públicas, como defendido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de forma a se esperar que as normas e decisões a serem tomadas apresentem sempre as melhores condições possíveis de serem

¹⁶⁴ E continua a afirmar o referido autor que “(...) o instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual. (...) A audiência pública situa-se, assim, como um instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica de quem queremos que nos governe, mas muito mais do que isso, uma escolha permanente de como queremos ser governados” (MOREIRA NETO 2007, 256-257).

efetivamente executadas em favor dos interesses da sociedade (MOREIRA NETO 2007, 260).

No âmbito da ANTT, as audiências públicas podem ser realizadas nos casos de elaboração de atos normativos que afetem restritivamente os direitos de agentes econômicos e usuários (art. 7º, I, da Resolução n. 3.705/2011). Vê-se que o objeto das audiências públicas não é amplo, restringindo-se às matérias da ANTT que possam afetar direitos dos agentes econômicos e usuários, excluindo-se de seu âmbito, por exemplo, os casos de edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANTT ou que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais (art. 8º). Apesar de tal restrição, sempre que julgar conveniente e oportuno poderá a ANTT realizar audiência pública para os casos em que sua realização não é obrigatória (art. 8º, § 1º, da Resolução n. 3.705/2011). Destaque-se ainda que, conforme o art. 3º da citada resolução, qualquer interessado poderá solicitar a realização de uma audiência pública, sendo submetida tal proposta à Diretoria Colegiada para análise e aprovação (art. 6º). Entende-se nesse caso que sendo deferida pela Diretoria Colegiada a proposta de audiência pública, a sua realização se torna obrigatória, sob pena de responsabilização da entidade e de nulidade da norma regulatória a ser expedida, mesmo que a matéria objeto da audiência não se refira aos casos estabelecidos pelo 7º, I, da Resolução n. 3.705/2011, ou seja, afete os direitos dos usuários e agentes econômicos do setor. A realização da audiência pública, nesse caso, será condição de validade do próprio processo normativo desenvolvido pela agência, de forma que não sendo implementada, o processo estará viciado e a norma expedida será inválida (G. J. OLIVEIRA 2010, 29).

Sendo presencial e com o objetivo de permitir a efetiva participação de toda a sociedade, a audiência pública deve ter ampla divulgação (art. 16 da Resolução n. 3.705/2011) e poderá ser realizada em mais de uma sessão presencial (art. 19, § 1º, da Resolução n. 3.705/2011), podendo participar das audiências pessoas físicas e jurídicas diretamente ou indiretamente por intermédio de representantes e organizações e associações que representem os interessados (art. 21 da Resolução n. 3.705/2011), sempre se tendo em mente a necessidade de se fomentar a maior participação possível de todos os interessados e possíveis afetados pela regulação normativa a ser expedida.

Assim como no caso da consulta pública, deve a ANTT analisar e se posicionar sobre as proposições apresentadas nas audiências públicas, que podem ser orais ou por escrito, apresentando as respectivas razões para seu acolhimento e rejeição (art. 25, VII,

da Resolução n. 3.705/2011). Especificamente quanto à participação oral, a Resolução n. 3.705/2011 em seu art. 22, estabelece as condições que devem obrigatoriamente serem respeitadas durante às exposições orais realizadas pelos particulares, cabendo destacar a regra estabelecida pelo inciso V do citado dispositivo que permite o retorno dos oradores para complementarem suas considerações após a manifestação de todos os inscritos. Tal disposição é importante ao passo que torna ainda mais palpável o princípio do discurso teorizado por Habermas, possibilitando que todos os envolvidos no processo de produção normativa da ANTT possam expor adequadamente suas convicções, esclarecendo todos os possíveis equívocos ou dúvidas decorrentes de suas exposições, objetivando a concretização de um consenso racional a respeito da matéria em discussão que resultará na norma setorial a ser elaborada, que poderá ser apreendida como de autoria dos cidadãos e demais agentes econômicos que atuam no setor.

Audiências públicas no âmbito da ANTT podem viabilizar a participação de indivíduos ou grupos organizados da sociedade civil interessados em expor suas idéias, sugestões e críticas, de forma a propiciar que a agência decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos em determinada discussão (BINENBOJM 2006, 290), especialmente nos casos de produção de normas setoriais. Como pode se verificar, o instrumento da audiência pública possibilita que se incremente o nível de informação da agência acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos cidadãos, antes de sua implementação, possibilitando que os particulares exponham suas tendências, idéias e opções, rumo a uma atuação consensual da ANTT.

Notórios são os possíveis benefícios dos instrumentos de participação democrática ora analisados, os quais podem propiciar a obtenção de dados por parte do público interessado, bem como possibilitar que a ANTT tenha amplo acesso ao conhecimento de determinada situação, o que poderá possibilitar a implementação de uma regulação setorial eficaz, adequada e que busque resguardar os direitos fundamentais envolvidos na regulação do setor. O manejo adequado dos instrumentos de participação popular nas atividades das agências reguladoras, em complementação às práticas tradicionais unilaterais e impositivas, possibilita que i) seja evidenciada a intenção da agência de produzir a melhor decisão; ii) galvaniza o consenso em reforço da decisão que vier a ser tomada; iii) manifesta o cuidado com a transparência dos processos administrativos e; iv) renova permanentemente o diálogo entre a sociedade e o Estado (MOREIRA NETO 2007, 263).

Mais do que um discurso retórico, a defesa da participação social democrática nas atividades das agências reguladoras, especialmente em seus processos de produção das normas de regulação setorial, é de todo pertinente, não podendo o Estado oprimir as influências legítimas advindas da esfera pública para formatação e desenvolvimento das políticas públicas setoriais, sob pena de se subverter seu papel de garante de processos inclusivos de formação da opinião e vontade política.

Com a análise empreendida no presente estudo, verifica-se a necessidade de se expandir e fomentar os mecanismos de participação democrática, em complementação às expressões imperativas, unilaterais e autoritárias clássicas de atuação da Administração, possibilitando que a sociedade civil participe efetivamente da regulação, especialmente da regulação setorial, concorrendo de forma direta na consecução dos desideratos públicos, não mais tidos como de responsabilidade exclusiva de uma Administração Pública centrada na figura do Estado, nem de estruturas administrativas responsáveis pela regulação setorial como no caso das agências reguladoras.

4.3. Análise das audiências e consultas públicas da ANTT

Descritas as formas de participação pública direta nos processos de produção das normas de regulação setorial previstas nos normativos da ANTT, cabe agora analisar a prática institucional da referida agência, de forma a aferir a hipótese apresentada no presente trabalho de que a instituição das agências reguladoras não foi acompanhada necessariamente por um paralelo movimento de democratização do processo normativo que lhes é inerente, não em termos representativos, mas sim participativos dos particulares envolvidos e atingidos pela regulação setorial produzida por tais entidades. Para tanto, necessária foi uma pesquisa empírica no âmbito da ANTT, tendo como foco as consultas e audiências públicas realizadas pela citada agência. A justificativa para o foco em tais mecanismos de participação pública relaciona-se ao fato dos mesmos serem os instrumentos de participação direta com maior relevo no seio da ANTT, além de se relacionarem diretamente com a produção normativa da agência, objeto este de interesse aos propósitos do presente trabalho.

O campo de pesquisa foram as audiências e consultas públicas realizadas pela ANTT, desde sua criação em 2001 até o ano de 2011, procurando-se definir alguns

cortes analíticos para o processamento dos dados obtidos, tendo em consideração o objetivo de se analisarem as contribuições de tais instrumentos para a participação pública direta nos processos de elaboração das normas regulatórias do setor. Todos os dados analisados foram obtidos diretamente da ANTT, em seu banco de dados virtual.

Dado o grande número de consultas e audiências públicas realizadas pela ANTT e as inúmeras contribuições apresentadas pelos particulares participantes, optou-se por analisar apenas as consultas e audiências que tiveram significativo impacto sobre o setor e sobre a sociedade, afastando-se, por conseguinte, análises e discussões por demais técnicas ou que não se relacionam com a produção de normas de regulação do setor de transportes terrestres. Dessa forma, não foram analisadas consultas públicas que tratam, por exemplo, do projeto de implantação do Trem de Alta Velocidade (trem-bala) e do plano de contas básico para o setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nem analisadas audiências públicas que debateram minutas de editais de licitação e contratos de concessão e permissão para outorga da infraestrutura e de serviços de transportes terrestres de passageiros e cargas.

A título de análise evolutiva das consultas e audiências públicas realizadas pela ANTT no recorte temporal estabelecido no presente estudo (2003 a 2011), temos o seguinte quadro, que elenca o total de consultas e audiências realizadas pela agência, independentemente do tema objeto de discussão:

ANO	CONSULTAS REALIZADAS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS
2003	2	9
2004	0	11
2005	0	9
2006	1	22
2007	0	24
2008	1	23
2009	2	5
2010	3	9
2011	1	9
TOTAL	10	121

4.3.1. Consultas públicas analisadas

A. Consulta Pública n. 001/2003

Trata-se de consulta pública realizada em 16/04/2003 com o objetivo de analisar proposta de resolução que estabelece os procedimentos para a execução de obras e serviços pelas concessionárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT, conforme aviso publicado no Diário Oficial da União de 16 de abril de 2003. A proposta de resolução tem por objetivo disciplinar os investimentos realizados nas rodovias, estabelecendo prazos, conceitos e rotinas, assim como alguns direitos e obrigações das concessionárias de rodovias (BRASIL 2003a). Estes procedimentos visam permitir o correto cumprimento das disposições contratuais e das obrigações previstas no Programa de Exploração Rodoviária - PER (documento detalhado das obrigações e encargos da concessionária ao longo dos anos de duração do contrato).

Optou-se por analisar tal consulta pública em virtude da importância da proposta de resolução para as concessões rodoviárias federais, já que se prevê a criação de um processo de reavaliação dessas concessões a cada 5 (cinco) anos, com objetivo de se avaliar a persistência da necessidade de obras e serviços planejados anteriormente à concessão, com vários anos de antecedência, verificando-se, assim, a necessidade ainda de se executar tais obras e serviços, ponderando por sua substituição, supressão ou até pelo seu adiamento. Objetiva-se com tal procedimento a atualização da concessão e de seu Programa de Exploração, especialmente se for considerado o fato de que as concessões de rodovias federais possuem prazos muito longos, em média 25 (vinte e cinco) anos, o que acaba por fazer com que algumas prioridades ou necessidade de obras e serviços sofram significativas alterações. Esse procedimento de periódica atualização da concessão rodoviária permite a preservação da modicidade tarifária em benefício dos usuários, evitando-se o repasse de custos desnecessários à tarifa pelas concessionárias, bem como assegura o equilíbrio econômico-financeiro do contrato para ambas as partes contratantes. Não se pode também desconsiderar que, considerando os dados divulgados pela ANTT, trata-se da primeira consulta pública realizada pela agência, o que justifica a necessidade de analisá-la, até mesmo para fins de se verificar a evolução da utilização do instrumento de participação pública em questão no âmbito da ANTT.

A Consulta Pública n. 001/2003 foi realizada do período de 16 de abril de 2003 a 05 de maio de 2003, recebendo a ANTT as contribuições dos particulares a respeito da proposta de resolução divulgada em seu endereço eletrônico e disponibilizada aos interessados em sua sede física. As contribuições deveriam ser realizadas por escrito e recebidas, preferencialmente, por meio de formulário eletrônico, disponível no *site* da agência, ou pessoalmente no horário comercial, ou por via postal.

Analisando a súmula do relatório da Consulta Pública n. 001/2003 (BRASIL 2003b), disponibilizada pela ANTT, verifica-se que foram recebidas apenas 4 (quatro) contribuições, sendo uma da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR e 3 (três) de pessoas físicas (cidadãos). Todavia, das 3 (três) contribuições recebidas dos cidadãos, duas manifestações não foram acolhidas por se tratarem de reclamações específicas contra os serviços prestados por determinadas concessionárias, de forma que por se tratar de reclamações foram encaminhadas à Ouvidoria da ANTT. As contribuições pertinentes ao objeto da consulta foram analisadas pela agência, tendo sido apresentadas as respectivas justificativas para seu acolhimento ou rejeição.

A Consulta Pública n. 001/2003 resultou na Resolução n. 29/2003, que, posteriormente, foi revogada pela Resolução n. 1.187/2005, a qual, destaque-se, foi objeto de duas audiências públicas realizadas no ano de 2004 (Audiências Públicas n. 012 e 019), considerando que tal norma de regulação setorial tem a potencialidade de interferir nos direitos dos usuários e agentes econômicos do setor.

B. Consultas Públicas n. 001/2010, 002/2010 e 003/2010

Entendeu-se por bem analisar conjuntamente as Consultas Públicas n. 001/2010, 002/2010 e 003/2010 realizadas pela ANTT, pois, apesar de assuntos distintos, as propostas de resolução submetidas à consulta popular instituem um novo marco regulatório para o transporte ferroviário, daí a importância e necessidade de analisá-las conjuntamente. As propostas de resolução disponibilizadas pela ANTT para consulta definem as regras para o compartilhamento de infra-estrutura entre as concessionárias, metas de produção e de segurança do transporte ferroviário e normas para defesas dos usuários do transporte ferroviário de cargas. Todas as citadas consultas, conforme avisos publicados no Diário Oficial da União, de 17 de dezembro de 2010, foram realizadas pela ANTT de 17 de dezembro de 2010 a 28 de janeiro de 2011. O prazo dessas consultas foi prorrogado até o dia 28 de fevereiro de 2011, conforme aviso

publicado no Diário Oficial da União, em 28 de janeiro de 2011. As contribuições por escrito dos particulares foram recebidas pela ANTT por meio de seu endereço eletrônico, pessoalmente por protocolo e por via postal.

A Consulta Pública n. 001/2010 teve como objetivo divulgar a documentação pertinente e colher sugestões dos particulares a respeito do Regulamento de Defesa dos Usuários de Transporte Ferroviário de Cargas (REDUF), que representa uma inovação quanto à regulação do transporte ferroviário de cargas ao estabelecer normas quanto os direitos e deveres dos usuários e obrigações das concessionárias. A proposta de resolução posta à consulta da sociedade estabelece uma série de direitos aos usuários de transporte ferroviário de carga, dentre os quais cumpre destacar a liberdade na contratação do serviço de transporte, a possibilidade de transferir a terceiros a capacidade de carga contratada e não utilizada, mediante contrato próprio, e a faculdade de poder investir na malha ou em material rodante para ampliação da capacidade de carga ou de tráfego. Paralelamente, são definidos os deveres do usuário, como, por exemplo, para com a manutenção da malha ferroviária e do material rodante e a necessidade de o usuário comunicar à concessionária a transferência de capacidade de tráfego e de carga que lhe é permitido transferir. Cumpre ainda destacar as disposições da proposta de resolução apresentada pela ANTT quanto às responsabilidades da concessionária pela prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, as obrigações do agente expedidor na entrega da carga do usuário à concessionária, as disposições relativas à qualidade do serviço prestado e as regulamentações acerca da celebração do contrato de prestação do serviço e das tarifas (BRASIL 2010a).

Conforme o relatório da Consulta Pública n. 001/2010 da ANTT, foram recebidas 24 (vinte e quatro) contribuições, sendo 22 (vinte e duas) por meio eletrônico e 2 (duas) por meio físico. Destaca-se que a maior parte das contribuições foram encaminhadas por cidadãos (pessoas físicas), usuários e associações de usuários, conforme o quadro abaixo¹⁶⁵:

¹⁶⁵ Os dados e critérios para apuração ora utilizados são aqueles disponibilizados pela ANTT (BRASIL 2010b).

SEGMENTO DA SOCIEDADE	NÚMERO DE CONTRIBUIÇÕES APRESENTADAS
Cidadãos (pessoas físicas), usuários ou associações de usuários	13
Associações, Federações ou Sindicatos em geral	3
Governo	2
Empresas em geral	4
Concessionárias ou Associação de Concessionárias	1

Um dos pontos mais discutidos pelos consultados foi o art. 2º da proposta de resolução, que trata das definições e conceitos de alguns termos utilizados ao longo da resolução. As contribuições foram analisadas pela equipe técnica da ANTT, a qual apresentou as respectivas justificativas para rejeição ou acolhimento das contribuições apresentadas pelos particulares. Posteriormente à Consulta Pública n. 001/2010, em maio de 2011, foi realizada a Audiência Pública n. 117/2011 com o objetivo de receber contribuições sobre o Regulamento de Defesa dos Usuários de Transporte Ferroviário de Cargas, sendo que após a conclusão de tal audiência, a ANTT exarou a Resolução n. 3.694/2011, de 14 de julho de 2011.

Por sua vez, a Consulta Pública n. 002/2010 teve como objetivo divulgar a documentação pertinente e colher sugestões sobre proposta de procedimentos de regulamentação de operações de direito de passagem e tráfego mútuo visando à integração do Sistema Ferroviário Federal. A minuta de resolução disponibilizada pela ANTT objetiva regular os contratos celebrados entre as concessionárias e usuários, de forma a estabelecer o compartilhamento da infra-estrutura ferroviária ou de recursos operacionais, mediante tráfego mútuo ou, na impossibilidade deste, por meio de direito de passagem de trens de passageiros e cargas (BRASIL 2010c). Pretendeu a ANTT com a consulta em análise estabelecer discussões para a formatação de uma regulação que possibilite a ampliação da qualidade e extensão do serviço de transporte ferroviário, visando a integração do Sistema Ferroviário Nacional.

Considerando os dados contidos no relatório da Consulta Pública n. 002/2010 disponibilizado pela ANTT (BRASIL 2010d), verifica-se que foram recebidas 22 (vinte e duas) contribuições, sendo 20 (vinte) encaminhadas por meio eletrônico e 2 (duas) por meio físico. Em tal consulta, a maioria das contribuições foram apresentadas por

cidadãos (pessoas físicas), usuários e associações de usuários, conforme distribuição no quadro a seguir¹⁶⁶:

SEGMENTO DA SOCIEDADE	NÚMERO DE CONTRIBUIÇÕES APRESENTADAS
Cidadãos (pessoas físicas), usuários ou associações de usuários	11
Associações, Federações ou Sindicatos em geral	2
Governo	3
Empresas em geral	2
Concessionárias ou Associação de Concessionárias	2

Recebidas as contribuições, as mesmas foram analisadas pela ANTT, a qual apresentou suas análises e justificativas para o acolhimento ou rejeição das sugestões encaminhadas pelos particulares. Após a consulta, em maio de 2011, foi realizada a Audiência Pública n. 115/2011 para continuidade das discussões sobre a proposta de regulação das operações de direito de passagem e tráfego mútuo, procedimentos participativos estes que resultaram na Resolução n. 3.695/2011 da ANTT, de 14 de julho de 2011.

Por fim, a Consulta Pública n. 003/2011 objetivou divulgar a documentação pertinente e colher sugestões sobre a proposta de procedimentos de regulamentação para pactuação de metas de produção e segurança por trecho para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas e a adesão ao regime de metas de segurança por trecho para os transportadores ferroviários de cargas. A proposta de regulação posta à discussão pela ANTT obriga as concessionárias a apresentarem quinzenalmente uma proposta de pactuação de metas de produção e as metas de segurança da ferrovia concedida, cabendo à agência a fiscalização do cumprimento das metas pactuadas, sendo o seu descumprimento passível de aplicação das penalidades cabíveis (BRASIL 2010e).

Considerando o relatório disponibilizado pela ANTT, à Consulta Pública n. 003/2011 foram apresentadas 23 (vinte e três) contribuições por meio eletrônico 1 (uma)

¹⁶⁶ Os dados e critérios para apuração ora utilizados são aqueles disponibilizados pela ANTT (BRASIL 2010d).

por meio físico. A distribuição das contribuições entre os segmentos da sociedade pode ser ilustrada no quadro abaixo¹⁶⁷:

SEGMENTO DA SOCIEDADE	NÚMERO DE CONTRIBUIÇÕES APRESENTADAS¹⁶⁸
Cidadãos (pessoas físicas), usuários ou associações de usuários	4
Associações, Federações ou Sindicatos em geral	5
Governo	2
Empresas em geral	5
Concessionárias ou Associação de Concessionárias	2

Consolidadas as contribuições em relatório específico, com as justificativas da ANTT para acatamento ou rejeição das contribuições, e concluída a consulta, em maio de 2011, foi realizada a Audiência Pública n. 116/2011 para continuidade das discussões sobre a proposta de metas de produção e segurança para as concessionárias do serviço de transporte ferroviário de cargas, o que resultou na Resolução n. 3.696/2011 da ANTT, de 14 de julho de 2011.

4.3.2. Audiências públicas analisadas

A. Audiência Pública n. 100/2009

Conforme aviso publicado no Diário Oficial da União, em 09/02/2009, a Audiência Pública n. 100/2009 propôs a discussão pública de proposta de resolução elaborada pela ANTT que fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC nos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, de transporte ferroviário de passageiros ao longo do Sistema Nacional de Viação e de exploração da infra-estrutura das rodovias federais em regime de concessão regulados pela ANTT. A discussão a respeito da regulação proposta pela ANTT se justificou em razão da expedição do Decreto n. 6.523/2008, que fixou normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC por telefone, no âmbito

¹⁶⁷ Os dados e critérios para apuração ora utilizados são aqueles disponibilizados pela ANTT (BRASIL 2010f).

¹⁶⁸ Esclareça-se que 5 (cinco) contribuições apresentadas pelos particulares foram tomadas pela ANTT como meros comentários, seja porque trataram de assunto diverso ao objeto da consulta ou porque simplesmente não apresentavam nenhuma contribuição expressa.

dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público Federal. Tal decreto visou garantir a observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que vier a contratar e de se manter protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento dos serviços regulados pelo Poder Público Federal, cabendo à ANTT, por conseguinte, elaborar norma específica sobre o SAC por telefone no que se refere à prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transporte terrestre regulados pela agência.

A audiência pública em análise foi realizada na modalidade de “intercâmbio documento” (participação por escrito) e foi aberta ao público em geral, o qual pode encaminhar suas contribuições escritas por meio eletrônico, pessoal ou via postal do dia 10 ao dia 20 de fevereiro de 2009. Em razão das relevantes contribuições apresentadas, a audiência foi reaberta entre 28 de setembro de 2009 a 08 de outubro de 2009, conforme aviso publicado no Diário Oficial da União, em 23 de setembro de 2009.

Conforme o Relatório da Audiência Pública n. 100/2009, a agência recebeu 68 (sessenta e oito) contribuições, sendo 61 (sessenta e uma) por meio eletrônico e 7 (sete) em meio físico, via protocolo perante a ANTT. A distribuição das contribuições entre os segmentos da sociedade pode ser ilustrada no quadro abaixo¹⁶⁹:

SEGMENTO DA SOCIEDADE	NÚMERO DE CONTRIBUIÇÕES APRESENTADAS
Cidadãos (pessoas físicas), usuários ou associações de usuários	19
Associações, Federações ou Sindicatos em geral	10
Governo	3
Empresas em geral	36

Analisando o relatório da audiência elaborado pelo ANTT, verifica-se que tal instrumento de participação pública foi essencial para o esclarecimento de diversas dúvidas a respeito da implantação do serviço de atendimento ao consumidor, sendo que em razão das importantes contribuições apresentadas pelos particulares a agência apresentou nova proposta de resolução reabrindo o prazo para o recebimento de contribuições.

¹⁶⁹ Os dados e critérios para apuração ora utilizados são aqueles disponibilizados pela (BRASIL 2009).

Mediante as discussões travadas entre a agência e os particulares, foram afastadas diversas contribuições apresentadas com o intuito único e exclusivo de reduzir os custos das empresas com a implantação desse serviço, garantindo-se, assim, o amplo atendimento ao consumidor mediante, por exemplo, a imposição da obrigação de todas as empresas que atuam no setor de transportes terrestres implantarem o SAC, com funcionamento ininterrupto durante 24 (vinte e quatro) horas por dia e sete dias por semana, com acesso do serviço a deficientes auditivos, além de possibilitar o atendimento ao consumidor por meio de ligações originadas de telefones móveis, sem qualquer ônus ao consumidor. Destaque-se ainda o posicionamento apresentado pela ANTT no sentido de manter a obrigação das empresas de encaminharem à Ouvidoria da agência relatórios semestrais, com o detalhamento dos atendimentos efetuados, acompanhando, assim, o atendimento aos direitos expostos e reclamados pelos usuários.

Além disso, considerando os diversos questionamentos apresentados pelos particulares, a ANTT teve a oportunidade de esclarecer as empresas que se encontram abrangidas pela proposta de resolução e são obrigadas a implantar o respectivo serviço de atendimento ao consumidor. Como exposto pela agência no relatório da audiência (BRASIL 2009), o Decreto n. 6.523/2008, em seu art. 1º, dispõe que o citado regulamento fixa normas sobre o serviço de atendimento ao consumidor por telefone no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público Federal, não havendo qualquer distinção quanto aos particulares sujeitos a obrigação da implantação do SAC. Assim, esclareceu a ANTT que as normas gerais sobre o SAC apresentadas na proposta de resolução colocada em discussão se aplica aos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, em regime de permissão e autorização, de transporte ferroviário de passageiros ao longo do Sistema Nacional de Viação e de exploração da infraestrutura das rodovias concedidas e administradas pela ANTT.

Outra importante discussão travada deu-se em razão da necessidade de se melhor esclarecer as condições para o cancelamento e reembolso do consumidor no caso do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e ferroviário de passageiros. Apesar de a regra geral possibilitar o cancelamento imediato do serviço pelo consumidor, produzindo o cancelamento seus efeitos imediatamente à solicitação do consumidor, no caso dos serviços de transporte rodoviário e ferroviário de passageiros não havia qualquer previsão na proposta de resolução disponibilizada pela ANTT a respeito da devolução de valores ao consumidor quanto a tais serviços. Diversas empresas apresentaram esclarecimentos à agência demonstrando a

impossibilidade de realizarem a devolução dos valores ao consumidor no caso de cancelamento do serviço pelo SAC sem que o consumidor se dirija pessoalmente a um dos pontos de vendas das empresas. Atenta a essas circunstâncias, a ANTT acatou as contribuições apresentadas pelos particulares no sentido de esclarecer que no caso dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e ferroviário de passageiros o consumidor que estiver de posse do bilhete de passagem somente poderá solicitar o cancelamento do serviço pessoalmente.

Consolidadas e analisadas todas as contribuições, sendo apresentadas as respectivas justificativas para acatamento ou rejeição das propostas apresentadas pelos particulares, a ANTT publicou, em 21 de junho de 2010 no Diário Oficial da União, a Resolução n. 3.535/2010, a qual fixou as normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor– SAC nos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, de transporte ferroviário de passageiros ao longo do Sistema Nacional de Viação e de exploração da infra-estrutura das rodovias concedidas e administradas pela agência.

B. Audiência Pública n. 112/2010

Trata-se de audiência pública realizada pela ANTT com o objetivo de receber contribuições para proposta de resolução que dispõe sobre metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais da 1ª Etapa, da 2ª Etapa-Fase I e do Pólo Pelotas, em decorrência de novos investimentos e serviços, conforme aviso publicado no Diário Oficial da União, de 10 de dezembro de 2010.

As discussões a respeito de tal metodologia se iniciaram em razão de representação apresentada ao Tribunal de Contas da União por sua Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação – SEFID sobre possível desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos da 1ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais. Segundo a citada Unidade Técnica, tal desequilíbrio decorreria de possível redução do custo de oportunidade das concessões rodoviárias objeto da 1ª Etapa do programa de concessões, de forma que, como os encargos financeiros das concessionárias poderiam ter sido minorados, as empresas estariam a auferir rendimentos desproporcionais, acarretando, por conseguinte, a cobrança de

tarifas de pedágios sobrevalorizadas. Para concluir que o custo de oportunidade das concessões em referência teria diminuído, a SEFID comparou as taxas de retorno pactuadas para as concessões rodoviárias da 1ª Etapa do programa de concessões e as das propostas dos leilões realizados para as concessões da 2ª Etapa do programa de concessões. Como exposto pela SEFID em suas instruções técnicas, durante os leilões da 2ª Etapa do programa de concessões a taxa interna de retorno – TIR da concessão teria sido reduzida para um montante médio de 8,95% (oito vírgula noventa e cinco por cento), percentual este considerado pela Unidade Técnica como correspondente ao efetivo custo de oportunidade do negócio incorrido pelas licitantes. Assim, hipoteticamente, as taxas de retorno das concessões da 1ª Etapa do programa de concessões, que são superiores à taxa de retorno praticada durante os leilões da 2ª Etapa do programa de concessões, não seriam adequadas ao atual cenário de estabilidade política e econômica vivenciado no Brasil, devendo, portanto, ser corrigidas.

Nesse contexto, o TCU, acatando as considerações de sua Unidade Técnica, determinou à ANTT, mediante o Acórdão n. 2.154/2007-Plenário¹⁷⁰, que promovesse o reequilíbrio dos contratos de concessão rodoviária da 1ª Etapa do programa de concessões, ajustando as taxas de rentabilidade praticadas a percentuais compatíveis com o atual custo de oportunidade do negócio.

Tendo em vista as determinações proferidas pelo Tribunal de Contas da União, a ANTT realizou uma série de análises e estudos a respeito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais, elaborando uma metodologia específica para recompor o equilíbrio contratual nas hipóteses de inclusão de novos investimentos e serviços não previstos na proposta inicial, considerando os apontamentos do TCU da necessidade de se levar em consideração as mudanças verificadas no cenário econômico-financeiro para fins de aferição do equilíbrio contratual.

¹⁷⁰ “ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer do expediente como Representação, nos termos do disposto no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal;

9.2. determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que:

9.2.1. realize, no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra, Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão em equilíbrio econômico-financeiro, em razão da rentabilidade contratual - taxa interna de retorno do investimento (TIR);

9.2.2. caso se verifique desequilíbrio, adote as providências necessárias a fim de promover o equacionamento dos mencionados contratos de concessão, fixando nova rentabilidade;” (Acórdão nº 2.54/2007-Plenário 2007).

A Audiência Pública n. 112/2010 foi aberta a todos os interessados e as contribuições por escrito poderiam ser encaminhadas do dia 13 de dezembro de 2010 a 13 de janeiro de 2011, preferencialmente, por meio eletrônico, pessoalmente e por via postal. A sessão pública ocorreu no dia 12 de janeiro de 2011, dependendo de credenciamento a participação pessoal e a inscrição para manifestação oral durante a sessão. Em razão das discussões realizadas e visando receber contribuições adicionais, a ANTT reabriu a audiência publicada entre o dia 01 a 15 de fevereiro de 2011. Foram recebidas 34 (trinta e quatro) contribuições, sendo 20 (vinte) por meio eletrônico, 8 (oito) presenciais por meio oral e 6 (seis) presenciais por meio escrito (BRASIL 2011e). A distribuição das contribuições entre os segmentos da sociedade pode ser ilustrada no quadro abaixo¹⁷¹:

SEGMENTO DA SOCIEDADE	NÚMERO DE CONTRIBUIÇÕES APRESENTADAS¹⁷²
Cidadãos (pessoas físicas), usuários ou associações de usuários	9
Associações, Federações ou Sindicatos em geral	8
Governo	11
Empresas em geral	3
Concessionárias ou Associação de Concessionárias	3

Analisando o relatório da audiência elaborado pelo ANTT (BRASIL 2011e), verifica-se que tal instrumento de participação pública foi essencial para o esclarecimento de diversas dúvidas a respeito da metodologia posta a discussão para promoção do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais, pois, como questionado por alguns participantes, a metodologia apresentada na minuta de resolução não se presta para reequilibrar os contrato de concessão em sua totalidade, mas apenas nas hipóteses de inclusão de investimentos ou serviços não previstos na proposta inicial por meio da adoção de um fluxo de caixa marginal, projetado em razão do evento que ensejar a recomposição. Além disso, esclareceu-se que a prorrogação do prazo do contrato de concessão, prevista no art. 10 da minuta de

¹⁷¹ Os dados e critérios para apuração ora utilizados são aqueles disponibilizados pela ANTT (BRASIL 2011e).

¹⁷² Esclareça-se que 5 (cinco) contribuições apresentadas pelos particulares foram tomadas pela ANTT como meros comentários, seja porque trataram de assunto diverso ao objeto da consulta ou porque simplesmente não apresentavam nenhuma contribuição expressa.

resolução como hipótese utilizada como meio para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, não significa uma simples e singela prorrogação contratual para redução da tarifa cobrada pela concessionária, mantendo-se as condições e premissas originais do contrato, mas sim a extensão do prazo contratual apenas para equilibrar os novos investimentos e serviços inicialmente não previstos, os quais serão remunerados a uma taxa interna de retorno mais adequada ao momento econômico.

Destaque-se ainda que na audiência pública em análise foram acolhidas importantes sugestões apresentadas pelos particulares, dentre as quais destaca-se o estabelecimento expreso do marco temporal para início da aplicação da metodologia de reequilíbrio contratual estabelecida pela resolução. Em razão de proposições apresentadas pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda e pela Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, alterou-se a redação do art. 2º da minuta de resolução para se esclarecer que a metodologia para recomposição do equilíbrio contratual objeto da resolução aplica-se somente aos investimentos ou serviços, não previstos na proposta inicial, incluídos no contrato de concessão rodoviária após a publicação da resolução, em observância ao princípio da segurança jurídica.

C. Audiência Pública n. 118/2011

A Audiência Pública n. 118/2011, conforme aviso publicado em 06 de maio de 2011 no Diário Oficial da União, foi instaurada pela ANTT com o objetivo de receber contribuições para o aprimoramento da proposta de resolução que dispõe sobre os instrumentos do processo de participação e controle social no âmbito da ANTT (BRASIL 2011f). Objetivou a agência instaurar discussões com a esfera pública para aperfeiçoamento das normas relativas ao processo de participação e controle social, quer no que se refere aos procedimentos realizados no âmbito interno da ANTT, quer no que concerne à participação dos interessados em eventos integrantes dos processos de participação e controle social, objetivando alcançar maior grau possível de eficiência e eficácia de tais eventos.

A audiência foi aberta a todos os interessados, podendo as contribuições por escrito ser encaminhadas do dia 06 de maio de 2011 até o dia 06 de junho 2011. A sessão presencial ocorreu no dia 19 de maio de 2011 e dependeu de credenciamento a

participação pessoal e a inscrição para manifestação oral durante a sessão. As informações sobre a matéria objeto da audiência foram disponibilizadas no endereço eletrônico da ANTT.

Apesar da importância da audiência pública e da proposta de resolução posta à discussão e deliberação pública, não foi divulgado pela ANTT relatório consolidando as discussões e contribuições apresentadas pelos particulares, muito menos a análise da agência sobre tais contribuições com as justificativas para acolhimento ou rejeição.

4.3.3. Conclusões sobre as consultas e audiências públicas analisadas

Da análise dos dados disponibilizados pela ANTT em seu endereço eletrônico acerca das consultas e audiências públicas realizadas durante o período de 2001 a 2011 podem ser extrair diversas conclusões acerca da participação pública nos processos de produção das normas de regulação do setor.

Inicialmente, cumpre destacar a evolução da concepção de participação social no âmbito da ANTT mediante a ampliação dos instrumentos participatórios. Conforme se verificou, originariamente, a Lei n. 10.233/2001 (lei de criação da ANTT) e o Regimento Interno da ANTT (Resolução n. 3.000/2009) previam apenas a audiência pública como mecanismo de participação pública direta nos processos de elaboração de normas de regulação do setor pela agência. Tal cenário foi sendo paulatinamente alterado de forma a englobar demais mecanismos de participação, sendo, por enquanto, o ápice de tal processo a criação da Resolução n. 3.705/2011 que ampliou os mecanismos de participação pública e buscou aperfeiçoar as normas relativas ao processo de participação e controle social no âmbito da ANTT, objetivando alcançar o maior grau possível de eficiência e eficácia desses mecanismos, demonstrando a preocupação da agência em garantir os instrumentos e condições para participação de todos os interessados nas atividades desempenhadas pela entidade, especialmente em seus processos de produção normativa.

Destaque-se ainda que essa evolução da concepção da participação social na ANTT transcende a questão da ampliação dos mecanismos de participação, envolvendo também a visão da importância de tais mecanismos como instrumentos de legitimação democrática da atuação da agência, que a aproxima cada vez mais da sociedade, a qual passa a ser vista como um ator e parceiro na definição e implementação das políticas

públicas regulatórias do setor de transportes terrestres, políticas estas resultado da atuação conjunta dos envolvidos e interessados na regulação do setor. Corroborando tal afirmação, além do alargamento do rol dos mecanismos de participação pública, destaca-se a ampliação das hipóteses em que tais mecanismos devem obrigatoriamente ser aplicados, bem como a redução do juízo discricionário da agência quanto à necessidade e oportunidade de instauração desses processos de participação pública. Nesse sentido, não se pode olvidar que, atualmente, a Resolução n. 3.705/2011, em seu art. 12, estabelece a obrigatoriedade de se instaurar consulta pública sempre que realizada uma audiência pública.

Importante destacar a diversidade de segmentos da sociedade que integram os processos de participação pública instaurados pela ANTT. Apesar de o presente trabalho não objetivar a realização de uma pesquisa empírica aprofundada quanto à existência de possível concentração das participações em determinados segmentos da sociedade, verificou-se que, mediante os dados consultados e sistematizados, as contribuições e participações são desconcentradas, diluídas em segmentos representativos das empresas, concessionárias, usuários, associações, sindicatos, governo, dentre outros, não podendo se afirmar no presente trabalho que as contribuições e discussões apresentadas pelos particulares decorram de um segmento específico, circunstância esta salutar ao processo de produção das normas de regulação setorial pela ANTT. Vale recordar que, consoante já exposto neste estudo, em razão da complexidade e diversidade inerente às atuais sociedades, é necessário que as normas jurídicas produzidas decorram da colaboração de todos os possíveis atingidos por tais normas e demais interessados, de forma que a norma produzida represente um produto da sociedade, das contribuições e discussões colhidas no seio de uma esfera pública plural e heterogênea.

Apesar de tais conclusões, detectou-se no presente estudo a ausência de mecanismos que atraiam novos interessados, ou seja, de difusão do canal de participação a um público maior do que os interessados especificamente na matéria ou que acompanhem o dia-a-dia da agência.

Por sua vez, outro ponto que merece destaque é a postura da ANTT em defesa dos direitos fundamentais dos usuários do setor de transportes terrestres, a qual, em determinadas consultas e audiências analisadas, como no caso da Audiência Pública n. 100/2009 (implantação do serviço de atendimento ao consumidor no setor regulado), mostrou-se irredutível às pressões do segmento empresário quanto à flexibilização das regulações em debate, defendendo posições de interesse dos cidadãos e usuários.

Contudo, não se pode afirmar que durante o período analisado ocorreu um aumento considerável da participação pública no âmbito da ANTT. Considerando os dados e informações disponibilizados pela agência, conclusões diversas podem ser formuladas quanto às consultas e audiências públicas. No período de 2003 a 2011 foram realizadas apenas 11 consultas públicas, enquanto no mesmo lapso temporal verificou-se um total de 121 audiências públicas realizadas pela agência, demonstrando a preferência da ANTT por determinado instrumento de participação. Apesar disso, não se pode olvidar que, conforme anteriormente exposto, essas audiências não se referem exclusivamente a discussões de propostas de regulações setoriais, incluindo-se nesse universo diversas análises de minutas de editais de licitação, contratos e projetos de concessão, o que reduz ainda mais os casos em que houve participação pública direta nos processos de elaboração das normas de regulação setorial pela agência, indicativo este que permite concluir que a instauração da ANTT em 2003 foi acompanhada de um incipiente movimento de democratização do desempenho de suas competências, especialmente quanto aos seus processos de produção normativa.

Cabe ainda destacar que se verificou que a ANTT não adota um procedimento claro para divulgação das análises realizadas pela agência a respeito das contribuições fornecidas pela sociedade, não havendo, inclusive, um prazo estabelecido para essas análises e respectiva divulgação. Ademais, não se identificou um padrão específico por parte da ANTT quanto à sistematização e análise das contribuições, dados e informações prestadas pela sociedade quanto às consultas e audiências públicas realizadas pela agência, o que demonstra que a agência não atua nos moldes de um modelo que incentive e incremente os processos de participação pública no âmbito de suas atividades. Tais questões foram também identificadas pelo Tribunal de Contas da União ao realizar fiscalização para aferir a governança das agências reguladoras de infra-estrutura no Brasil, determinando à ANTT que estabeleça prazos razoáveis para disponibilização dos relatórios das análises das contribuições recebidas nas audiências e consultas públicas realizadas pela agência:

Relatório:

(...)

271. Os diplomas legais apenas indicam as ocasiões em que deveriam ocorrer audiências públicas (poucas mencionam o termo consulta pública) e não especificam com clareza a própria definição do instituto, nem enumeram os requisitos mínimos que caracterizariam certo procedimento como audiência ou consulta.

272. Nenhuma das agências disciplinou um prazo para disponibilizar o relatório de análise das contribuições recebidas ou mesmo o formato

deste relatório. Em muitos casos, esse relatório não é disponibilizado em prazo razoável. Pode acontecer de a sociedade participar desses processos, o ato administrativo ser editado e, apenas meses depois, o particular ter a possibilidade de entender ou mesmo ter acesso às razões que levaram o ente regulador a rejeitar sua contribuição, enfraquecendo a própria essência do instrumento de controle social.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. Recomendar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil e à Agência Nacional de Telecomunicações que estabeleçam em norma prazos razoáveis para disponibilização dos relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências/consultas públicas, encaminhando a este Tribunal de Contas, em até 120 (cento e vinte) dias, o modelo proposto (Acórdão nº 2.261/2011-Plenário 2011).

Apesar disso, verificam-se também indicativos que acenam para a possibilidade de inversão do quadro ora descrito, como o caso da recente elaboração da Resolução n. 3.705/2011, a qual, considerando todos os avanços decorrentes de tal resolução ora apresentados, tem o potencial de ampliar a participação social no âmbito da ANTT, fato este aferível somente em um momento futuro.

5. Conclusões

Como exposto na introdução do presente trabalho, a pesquisa empreendida buscou indagar a atuação das agências reguladoras brasileiras considerando os princípios do Estado Democrático de Direito, especificamente quanto à legitimação democrática das normas de regulação setorial editadas por tais entidades, considerando as premissas desenvolvidas por Jürgen Habermas em sua teoria discursiva do direito e da democracia, no sentido de que a elaboração de uma norma jurídica não pode prescindir da efetiva participação de todos os possíveis atingidos por essa norma, com o fim de se alcançar um consenso racional sobre a norma a ser editada. Foi com base nessa indagação que a pesquisa ora apresentada desenvolveu-se, tendo, em síntese, o objetivo de analisar a introdução das agências reguladoras no Brasil em face de um referencial teórico de legitimação democrática da atividade normativa desenvolvida por tais entidades regulatórias.

A reestruturação da Administração Pública brasileira, com a introdução das agências reguladoras, na década de 1990 representou uma alteração da concepção de atuação do Estado em diversos setores. A partir de uma perspectiva de intervenção de indireta, por direção, o Estado brasileiro, por meio das citadas estruturas de regulação, afasta-se do papel de provedor direto de bens ou serviços considerados de interesse social e público, não entregando, todavia, a regulação ao ideal de otimização funcional de determinados setores ao mercado e seus agentes econômicos. Paralelamente à substituição do modelo de intervenção direta o Estado brasileiro passou a promover o direcionamento conjuntural desses setores mediante políticas regulatórias. A partir de uma perspectiva de gerenciamento da realidade, acompanha o Estado constantemente o ambiente regulado, adequando-o a um modelo ideal de funcionamento pautado pelas garantias e direitos fundamentais.

As agências reguladoras passam a representar um novo *locus* de poder decisório para implementação das políticas públicas regulatórias, concretizando-as, em grande medida, mediante normas regulatórias decorrentes do exercício da função normativa que lhe é inerente e de processos de decisão que são exercidos em uma dinâmica distinta da estrutura clássica da Administração Direta que também não se insere na lógica tradicional da democracia representativa. Daí a necessidade de se preocupar com a legitimidade democrática, em termos de participação pública direta,

das normas regulatórias editadas por tais entidades. Legitimidade esta entendida em termos substantivos, de participação pública direta na função de gerenciamento normativo da realidade exercida pelas agências.

Considerando as discussões apresentadas na presente dissertação, identifica-se na proposta democrática de Jürgen Habermas um referencial teórico para legitimação das normas editadas pelas agências reguladoras, no sentido de que a regulação normativa desenvolvida por tais entidades somente será legítima, em termos democráticos, caso produzida considerando as premissas de um modelo de democracia deliberativa, no qual se garante a participação de todos os possíveis atingidos pela regulação a ser implementada pela agência. O processo de produção normativa das agências reguladoras deve se pautar nos moldes procedimentais da teoria discursiva habermasiana, adotando-se mecanismos democráticos de participação pública nos processos de produção das normas de regulação setorial que permitam que as esferas públicas possam debater os temas propostos e participem das negociações e discussões relativas às normas setoriais a serem elaboradas. A opinião formada no seio da esfera pública organizada poderá influenciar o resultado dos processos normativos das agências, devendo ser considerada por tais entidades quando da edição das normas de regulação setorial.

Para a legitimação democrática dos processos de produção normativa nos termos ora expostos, necessário é que sejam estabelecidos os respectivos mecanismos, condições e procedimentos para uma adequada participação da sociedade civil nesses processos, possibilitando que a opinião pública seja construída e expressa de forma racional e devidamente analisada considerada pelas agências no desempenho de sua competência normativa. Em outros termos, a legitimação democrática dos processos de produção das normas regulatórias se atrela à institucionalização dos respectivos procedimentos e condições democráticas e deliberativas que lhe digam respeito, rumo à busca de um consenso racional a respeito da norma a ser editada.

A proposta de legitimação democrática das normas de regulação setorial ora apresentada se justifica em razão dos princípios regentes do Estado Democrático de Direito, o qual se baseia nas idéias de consensualidade e participação pública no exercício da função administrativa desempenhada pelo Estado, reduzindo-se a distância entre Administração, sociedade e cidadão. No citado paradigma do direito rompe-se com a idéia clássica de redução da esfera pública ao Estado, o qual não mais monopoliza a definição e consecução do interesse público, exigindo-se, por

consequente, uma maior participação popular na esfera administrativa. No Estado Democrático de Direito, o interesse público é formado pelo consenso da sociedade decorrente dos debates, discussões, esclarecimentos e trocas de informações obtidas nos canais abertos de comunicação, que interferem direta e decisivamente no sistema administrativo.

Assim, pode-se afirmar que a regulação normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, a partir de uma lógica democrática, somente poderá cumprir sua função de gerenciamento normativo da realidade, com o fito de assegurar as garantias e direitos fundamentais envolvidos, caso seja preservada uma conexão interna com a garantia de um processo democrático, que possibilite a ampla participação da sociedade civil nas discussões desenvolvidas no seio dos processos de produção das normas regulatórias, rumo à busca de um mútuo entendimento acerca de tais normas. Ou seja, as normas de regulação setorial expedidas pelas agências reguladoras ao serem justificadas democraticamente possibilita que seja editada e implementada uma regulação setorial que se desenvolveu mediante aquisições de entendimento mútuo entre sujeitos comunicativamente atuantes, legitimando-se democraticamente tal regulação. É o processo democrático desenvolvido racionalmente que representa o substrato de legitimidade das normas expedidas pelas agências.

No sentido de se atestar a hipótese considerada no presente trabalho, analisaram-se os mecanismos de participação democrática nos processos de produção normativa no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Constatou-se que a instituição da referida agência não foi acompanhada de um movimento democratizante do exercício de suas competências, especialmente quanto à sua função normativa, considerando os incipientes e escassos mecanismos de participação pública direta disponibilizados e manejados pela ANTT, inexistindo ainda no âmbito da agência um padrão específico quanto à sistematização e análises das contribuições fornecidas pela sociedade, demonstrando que a agência não se pauta por um modelo incremental de institucionalização de participação na regulação normativa por ela desenvolvida. Além disso, constatou-se a ausência de mecanismos capazes de atrair um público maior de participantes para além daqueles interessados diretamente na regulação que acompanham constantemente as atividades desenvolvidas pela ANTT.

Apesar disso, verificaram-se também indícios que acenam para uma possível inversão do quadro descrito, considerando a edição da recente Resolução n. 3.705/2011, a qual ampliou os mecanismos de participação social no âmbito da agência e busca

tornar eficaz e eficiente essa participação, aproximando cada vez mais a agência da sociedade, concebendo a esfera pública como um ator e parceiro na definição e implementação das políticas públicas regulatórias do setor de transportes terrestres.

Insta frisar que tais conclusões decorrem da sistematização e organização de questionamentos explicitados ao longo do presente estudo a uma proposta teórica já existente na teoria desenvolvida por Habermas, de forma a se explicitar a importância conferida à dimensão procedimental e democrática da regulação normativa desenvolvida pelas agências reguladoras, demonstrando-se que a produção legítima das normas regulatórias, em termos democráticos, demanda a garantia de determinadas condições referentes ao processo por meio do qual tais normas são editadas.

Apesar de ser inegável que o fomento à efetiva participação democrática dos cidadãos nas atividades e processos administrativos representa uma forma de se recuperar o lastro de legitimidade democrática das ações do sistema administrativo, logicamente, esses processos participativos não estarão imunes às inevitáveis contingências e retrocessos, como, inclusive, verificou-se no caso do setor de transportes terrestres. Os dados da pesquisa evidenciam, com base nas teorias expostas neste trabalho, que a introdução de canais de legitimação carecem de institucionalização, ou seja, de um conjunto de regras de procedimento quanto à forma e conteúdo para avanço no componente participativo na ANTT, nos moldes de um modelo incremental da participação pública.

6. Referências bibliográficas

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

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle judicial da regulação: o caso do setor elétrico*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2009.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1994.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

—. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

—. *Direito do petróleo e outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

—. “Poder normativo do Executivo e teoria da regulação.” *Notícia do direito brasileiro*, 2002: 135-154.

—. *Políticas públicas comparadas de telecomunicação (Brasil-EUA)*. Brasília: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, 2005.

—. “Agências: sua introdução no modelo jurídico-administrativo brasileiro.” In: *O novo direito administrativo brasileiro*, por Cláudia Fernanda de Oliveira PEREIRA, 165-180. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

—. “Virtude política e abertura estrutural das agências reguladoras: o caso das telecomunicações.” In: *O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*, por Cláudia Fernanda de Oliveira PEREIRA, 167-191. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARATO, Andrew, e Jean L. COHEN. *Civil society and political theory*. Cambridge: MIT, 1995.

—. “Sociedade civil e teoria social.” In: *Sociedade civil e democratização*, por Leonardo AVRITZER, 147-182. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ATALIBA, Geraldo. “Poder regulamentar do Executivo.” *Revista de Direito Público*, 1981: 185-208.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2005.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENHABIB, Seyla. “Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática.” In: *Democracia deliberativa*, por Denilson Luis WERLE e Rúrion Soares MELO, 47-79. São Paulo: Singular, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. “Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil.” In: *Agências reguladoras e democracia*, por Gustavo BINENBOJM, 89-110. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

—. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. Tradução: Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

—. *Teoria do Estado*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BREYER, Stephen G., Richard B. STEWART, Cass R. SUSTEIN, Adrian VERMEULE, e Michael HERZ. *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. 7ª Edição. New York: Aspen Publishers, 1999.

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

CALHOUN, Craig. “Introduction.” In: *Habermas and the public sphere*, por Craig CALHOUN, 1-48. Cambridge: The MIT Press, 1996.

CALIL, Laís. “O poder normativo em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes.” In: *Agências reguladoras e democracia*, por Gustavo BINENBOJM, 111-176. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle de legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.” *Notícia do direito brasileiro* (Faculdade de Direito da UnB), 1999.

—. “A contribuição do direito administrativo focado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição.” *Fórum Administrativo*, março de 2001: 11-20.

—. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais.” In: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*, por José Adércio Leite SAMPAIO. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Vinícius Marques de. “Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia.” In: *Regulação, direito e democracia*, por José Eduardo FARIA, 13-25. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

CASSESE, Sabino. “Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni.” In: *I garanti delle regole*, por Sabino CASSESE e Cláudio FRANCHINI, 217-223. Bologna: Il Mulino, 1996.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. “Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito.” In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*, por Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, 79-120. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. “Patriotismo constitucional, cultura e história.” *Direito, Estado e Sociedade*, n. 31 (julho/dezembro 2007): 58-68.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “O cidadão, a Administração Pública e a nova constituição.” *Revista de Informação Legislativa* 27, n. 106 (abril/junho 1990): 81-98.

COHEN, Joshua. “Procedimento e substância na democracia deliberativa.” In: *Democracia deliberativa*, por Denilson Luis WERLE e Rúrion Soares MELO, 115-144. São Paulo: Singular, 2007.

CONSTANT, Benjamin. “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos.” *Revista Filosofia Política (L&PM)*, 1985: 9-25.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. “A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação.” In: *Regulação e desenvolvimento*, por Calixto SALOMÃO FILHO, 64-86. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório - elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1985.

DEMSETZ, Harold. “Why regulate utilities?” *Journal of Law and Economics* (The University of Chicago Press) 11, n. n. 1 (1968): 55-65.

DENNINGER, Erahrd; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Tradução: Ignacio GUTIÉRREZ. Madrid: Trotta, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

—. “Rumo ao Direito Administrativo da cidadania e da inclusão social.” In: *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Souza Gustin*, por Maria Tereza Fonseca DIAS e Flávio Henrique Unes PEREIRA. Belo Horizonte: Fórum, 2008a.

—. *Terceiro setor e Estado: legitiimidade e regulação, por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008b.

DRYZEK, John S. *Deliberation democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

DUARTE, Fábio Marcelo de Rezende. “A regulação nos transportes.” In: *Regulação pública da economia no Brasil*, por Rogério Emílio de ANDRADE, 299-330. Campinas: Edicamp, 2003.

DUTRA, Pedro. “A fiscalização dos serviços públicos privatizados.” *Gazeta Mercantil*, 20 de outubro de 1998: A-3.

ENTERRÍA, Eduardo García, e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. 2ª Edição. Vol. I. Madrid: Civitas, 1995.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREITAS, Juarez. “A democracia como princípio jurídico.” In: *Direito público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*, por Luciano FERRAZ e Fabrício MOTTA, 167-198. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do estado*. Barueri: Manole, 2003.

GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais (agências reguladoras)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del regimen administrativo*. Madrid: Graficas Ginzalez, 1954.

GENTOT, Michel. *Les autorites administratives indépendantes*. Paris: Montchrestien, 1991.

GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1986.

—. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Bologna: Il Mulino, 1995.

GOMES, Daniel Augusto Vila-Nova. “Público e privado a partir de uma teoria discursiva da constituição: subsídios para a releitura de institutos jurídicos aplicáveis aos serviços de telecomunicações.” In: *O novo direito administrativo brasileiro*, por Cláudia Fernanda de Oliveira PEREIRA, 39-68. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Capacidade normativa de conjuntura*. Vol. 13, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, por Rubens Limongi FRANÇA, 48-49. São Paulo: Saraiva, 1978.

—. Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

—. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GÜNTHER, Klaus. “Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica.” *Cadernos de filosofia alemã (Humanitas)*, n. 6 (2000): 85-102.

—. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. “Prefácio.” In: *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo das relações entre o Estado e a sociedade*, por Maria Tereza Fonseca DIAS, 13-14. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

—. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

—. *The theory of communicative action*. Vol. 2. Boston: Beacon Press, 1987.

—. *Más alla del estado nacional*. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

—. *A inclusão do outro*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002a.

—. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

—. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

—. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª Edição. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

—. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2008.

—. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª Edição. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

—. *Facticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. s/d.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

INGRAM, David. *Habermas e a dilética da razão*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

JAFFE, Louis L. *Administrative law - cases and materials*. New York: Prentice-Hall, 1954.

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

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

MANIN, Bernard. *Democracy, accountability and representation*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 1999.

—. “Legitimidade e deliberação política.” In: *Democracia deliberativa*, por Denilson Luis WERLE e Rúrion Soares MELO, 15-45. São Paulo: Singular, 2007.

MANIN, Bernard, Adam PRZEWORSKI, e Susan STOKES. *Democracy, accountability and representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

—. “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal.” *Revista de direito público da economia*, janeiro/março de 2003: 69-93.

—. “A nova regulação estatal e as agências independentes.” In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 72-98. São Paulo: Malheiros Editores, 2006a.

—. “Direito das telecomunicações e ANATEL.” In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 300-316. São Paulo: Malheiros Editores, 2006b.

—. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. “Regulação econômica e democracia.” In: *Regulação, direito e democracia*, por José Eduardo FARIA, 43-66. São paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002a.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. “Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento.” In: *Regulação e desenvolvimento*, por Calixto Salomão Filho, 182-230. São Paulo: Malheiros Editores, 2002b.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

—. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. “Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão.” In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 99-139. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MICHELMAN, Frank I. “Como as pessoas podem criar as leis?” In: *Democracia deliberativa*, por Denilson Luis WERLE e Rúrion Soares MELO, 195-221. São Paulo: Singular, 2007.

MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação: para uma crítica da modernidade*. Brasília: Plano, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997a.

—. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997b.

MORENO, Alfonso Pérez. *Administración instrumental: libro homenaje a Maneul Francisco Clavero Arevalo*. I vols. Madrid: Civitas, 1994.

MOSHER, William Eugene, e Finla Golf CRAWFORD. *Public utility regulation*. New York and London: Harper & Brothers Plubishers, 1933.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. “Agências reguladoras e concorrência.” In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 159-189. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “A ANELL e serviços de energia elétrica.” In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 329-351. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

—. “Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação.” In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*, por Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, 47-78. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

- . *Devido processo legislativo*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economia y estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido de vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PARKER, Reginald. *Administrative law - a text*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1952.
- PELTZMAN, S. “A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação.” In: *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, por Paulo Todescan Lessa MATTOS, 81-127. São Paulo: Editora 34, 2004.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito.” In: *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*, por Cláudia Fernanda Pereira OLIVEIRA, 19-50. Belo Horizonte: Forum, 2003.
- POSNER, Richard A. “Teorias da regulação econômica.” In: *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, por Paulo Todescan Lessa MATTOS, 49-80. São Paulo: Editora 34, 2004.
- PRADO, Marina Mota. “Accountability mismatch: as agências reguladoras independentes e o Governo Lula.” In: *Agências reguladoras e democracia*, por Gustavo BINENBOJM, 225-251. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PRIEST, George L. “The origins of utility regulation and the "Theories of Regulation Debate".” *Journal of Law and Economics* 36 (1993): 289-323.
- PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- REIGADA, Antonio Troncoso. *Privatización, empresa pública y constitución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- RIGOLON, Francisco José Zagari. *Regulação da infra-estrutura: a experiência recente no Brasil*. BNDES, 1996.
- ROSENFELD, Michel. “Law as discourse: bridging the gap between democracy and rights.” *Harvard Law Review* 108 (março 1995): 1163-1189.

—. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SAMUELS, Warren J., e Harry Martino TREBING. *Critique of administrative regulation of public utilities*. Michigan: MSU Public Utilities Papers, 1972.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper, 1975.

SCHWARTZ, Bernard. *Le droit administratif américain*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

—. *Administrative law*. 3ª Edição. Boston: Little, Brown and Company, 1976.

SIGERIST, Henry. "From Bismarck to Beveridge: developments and trends." *Journal of public health policy* 20 (1943).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

STIGLER, George J. *A teoria da regulação econômica*. Vol. II, em *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, por Paulo Todescan Lessa MATTOS, 23-48. São Paulo: Editora 34, 2004.

SUNFELD, Carlos Ari. "Introdução às agências reguladoras." In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 17-38. São Paulo: Malheiros Editores, 2006a.

—. "Regime jurídico do setor petrolífero." In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 385-396. São Paulo: Malheiros Editores, 2006b.

SWANN, Dennis. *The retreat of the state: desregulation and privatization in the UK and US*. [S.L.]: The University of Michigan Press, 1988.

TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. 4ª Edição. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

VISCUSI, W. Kip, John Mitcham. VERNON, e Joseph Emmett. HARRINGTON JR. *Economics of regulation and antitrust*. 2ª Edição. Cambridge: The MIT Press, 1995.

WALD, Arnaldo, e Luiza Rangel de MORAES. “Agências reguladoras.” *Revista de Informação Legislativa*, janeiro/março de 1999: 143-171.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *World-systems analysis*. Durham: Duke University Press, 2004.

WALTENBERG, David A. M. “O direito da energia elétrica e a ANELL.” In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNFELD, 352-377. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WHERRY, William M. *Public utilities and the law*. New York: The Writer, 1925.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. São Paulo: Ícone, 1995.

ZYMLER, Benjamin. “O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras.” *Fórum Administrativo*, janeiro de 2003: 3-7.

7. Documentos oficiais

Acórdão nº 2.54/2007-Plenário. 026.335/2007-5 (Tribunal de Contas da União, 15 de outubro de 2007).

Acórdão nº 2.261/2011-Plenário. 012.693/2009-9 (Tribunal de Contas da União, 24 de agosto de 2011).

ADI 1949 MC. (Supremo Tribunal Federal, 25 de novembro de 1999).

BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado.* Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

—. “Proposta de resolução da ANTT sobre os procedimentos para a execução de obras e serviços pelas concessionárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT.” 2003a. http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2003-01/cpublica200301_propresolucao.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).

—. “Súmula do Relatório da Consulta Pública nº 001/2003.” 21 de maio de 2003b. http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica200301/cpublica200301_Sumula.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).

—. “Anuário Estatístico 2005 - Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual e Internacional de Passageiros.” 2005. http://www.antt.gov.br/passageiro/anuarios/anuario2005/pdf/quadro_2.1.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).

—. “Relatório da Audiência Pública n. 100/2009.” 2009. http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2009_100/Relatorio_da_Audiencia_Publica_100_2009.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).

—. “Proposta de resolução da ANTT que estabelece o regulamento de defesa dos usuários dos serviços de transporte ferroviário de cargas.” 2010a. <http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica201001/ConsultaPublica0012010PropostaDeResolucao.pdf> (acesso em 16 de janeiro de 2012).

—. “Relatório da Consulta Pública nº 001/2010.” 2010b. http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica201001/Relatorio_da_CP_n_001_10_e_anejos.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).

—. “Proposta de resolução da ANTT sobre o compartilhamento da infra-estrutura ferroviária e de seus recursos operacionais.” 2010c. <http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica201002/ConsultaPublica0022010PropostaDeResolucao.pdf> (acesso em 16 de janeiro de 2012).

—. “Relatório da Consulta Pública nº 002/2010.” 2010d. http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2010-02/Relatorio_da_CP_n_002_10.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).

- . “Proposta de resolução da ANTT sobre a pactuação de metas de produção e segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário.” 2010e. <http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica201003/ConsultaPublica0032010PropostaDeResolucao.pdf> (acesso em 16 de janeiro de 2012).
- . “Relatório da Consulta Pública nº 003/2010.” 2010f. http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2010-03/Relatorio_da_CP_n_003_10.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).
- . *Evolução do transporte ferroviário*. Brasília: ANTT, 2011.
- . “Convite para Reunião Participativa nº 001/2011.” 2011a. <http://www.antt.gov.br/acpublicas/rparticipativa2011-001/CONVITE.pdf> (acesso em 16 de janeiro de 2012).
- . “Convite para Reunião Participativa nº 002/2011.” 2011b. http://www.antt.gov.br/acpublicas/rparticipativa2011-002/CONVITE_PARA_REUNIAO_PARTICIPATIVA_002_2011.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).
- . “Convite para Reunião Participativa nº 003/2011.” 2011c. <http://www.antt.gov.br/acpublicas/rparticipativa2011-003/Rparticipativa2011-003.asp> (acesso em 16 de janeiro de 2012).
- . “Convite para Reuniões Participativas nº 006 e 007/2011.” 2011d. <http://www.antt.gov.br/acpublicas/rparticipativa2011-006e007/ConviteParaReuniaoParicipativa-N006e007.pdf> (acesso em 16 de janeiro de 2012).
- . “Relatório da Audiência Pública nº 112/2010.” 2011e. http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2010-112/Relatorio_AP_112.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).
- . “Proposta de resolução da ANTT que estabelece instrumentos e procedimentos no âmbito da agência para participação e controle social.” 2011f. http://www.antt.gov.br/acpublicas/apublica2011-118/Minuta_118.pdf (acesso em 16 de janeiro de 2012).