

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-691-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na acolhedora Porto Alegre (RS), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, que reuniu um destacado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos de ampla pertinência acadêmica e inquestionável relevância prática.

Os artigos apresentados foram marcados pelo invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, nas mais diversas temáticas do Direito Administrativo, a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pelo respeito e a perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. A GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM LIAME NECESSÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS;
2. FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVER CONSTITUCIONAL;
3. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE DA TEORIA DA UNIDADE DE VALOR, DE RONALD DWORKIN, COMO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA;
4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ABUSIVA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AGENTE PÚBLICO;
5. UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PAPEL DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS;

6. AGÊNCIAS REGULADORAS E UNIDADE ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INTERPRETAÇÃO FEDERALISTA DA CONSTITUIÇÃO E O CASO DO ESTADO DO CEARÁ;

7. ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS PÚBLICOS NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA;

8. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC: ANÁLISE DA APLICAÇÃO, TRANSITORIEDADE E PERMANÊNCIA DA LEI 12.462/2011;

9. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC): DE SUA ESTRUTURA BASILAR AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE;

10. LIÇÕES PROPEDEÚTICAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO;

11. APLICATIVOS DE INTERMEDIÇÃO DE CONTRATOS PRIVADOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: POR QUE A POLÊMICA CONTINUA?;

12. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA: AS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS, A LIVRE INICIATIVA E ALGUMAS INCOMPATIBILIDADES LEGISLATIVAS;

13. CRISE NO CÁRCERE: A UTILIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO;

14. O PARADOXO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO FATOR LIMITADOR DO CARÁTER ABSOLUTO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELA INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO;

15. BENS PÚBLICOS NO ATACADO E NO VAREJO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO E DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA SOBRE TERRAS PÚBLICAS NA LEI N. 13.465/17;

16. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL;

17. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA.

Como visto, trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões sobre a atividade administrativa e a gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Estamos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos, ainda, os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Porto Alegre (RS) pela hospitaleira acolhida que tivemos na bela e moderna estrutura da UNISINOS - nessa verdadeira maratona de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC

Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PAPEL DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

AN INSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE DEMOCRATIC ROLE OF THE REGULATORY AGENCIES

Luciana Silveira Ardente ¹

Resumo

A presente análise tem como objeto a atuação das principais instituições que gerenciam e coordenam os Poderes de Estado. Dentre os estudos, destaca-se o papel das agências reguladoras em tal processo. Diversos autores norte-americanos apresentam uma proposta crítica ao modelo de Separação de Poderes tradicional, estes autores defendem haver variações no exercício da autoridade para criar o direito e a política de acordo com aspectos institucionais.

Palavras-chave: Estado administrativo, Estado democrático de direito, Crise governamental, Poder executivo, Separação de poderes

Abstract/Resumen/Résumé

This analysis has as its object the performance of the institutions that constitute the Executive, Legislative and Judicial Branches, in the light of the contemporary discussions about the necessary remodeling of Theory of Separation of Powers. Among the studies, those that deal with the so-called Administrative State stand out. A number of American authors present a critical proposal to the traditional Separation of Powers model.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative state, Democratic state, Government crisis, Executive branch, Separation of powers

¹ Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ (PPGD /UFRJ).

INTRODUÇÃO

Desde os meados da década de 1990, as agências reguladoras têm sido um importante mecanismo na reestruturação do Estado brasileiro, pautada na efetivação de direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição de 1988. Com base no modelo norte-americano, uma das principais características apresentadas por estas instituições é a sua autonomia diante do Chefe do Poder Executivo. Ocorre que esta liberdade de atuação tão elementar ao seu funcionamento pode ser relativizada quando o Chefe do Executivo exerce indiretamente um controle externo de suas atividades. Neste viés, entende-se que a propagação de um reflexo negativo de tais ações vem a comprometer não só a atuação interna das agências, como também a forma como são articuladas entre os demais Poderes. Trata-se, portanto, de um fenômeno cujas características agravam severamente a legitimidade democrática destas instituições, a qual vem a ser um dos principais fatores impeditivos para a solidificação de um modelo de Estado Administrativo genuinamente brasileiro.

Especificando a problematização deste trabalho, apontam-se as capacidades institucionais no que tange aos aspectos da autoridade para produzir o direito e para exercer a política. Consequentemente, o objeto desta análise foca-se no Poder Executivo, tendo em vista a importância da delimitação da atividade regulatória brasileira para a presente proposta. As investigações que se buscam promover ao redor do Executivo não se limitam, categoricamente, a estes órgãos. A análise institucional deve recair sobre dimensões intra e interinstitucionais destes objetos. Sendo assim, será necessário anilar a organização e o funcionamento interno dos órgãos do Poder Executivo, na medida de sua pertinência com os propósitos do presente trabalho, mas também a relação mantida entre estes e os demais atores do cenário político e jurídico vinculados aos Poderes Legislativo – Congresso Nacional – e Judiciário – Supremo Tribunal Federal, principalmente diante da crise no sistema.

Sustenta-se, portanto, a hipótese de que a Presidência da República, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, como instituições de destacada importância do desenho constitucional brasileiro, devem orientar suas atividades a partir das suas capacidades institucionais no âmbito do Estado Administrativo. Caso contrário, as recorrentes crises e fenômenos já apontados permanecerão como constantes na vida do Estado Administrativo brasileiro.

Em sua primeira parte, será fundamentada teoricamente a atuação do Executivo no modelo em questão. Posteriormente será analisada a evolução do modelo brasileiro no que tange às instituições que o compõem o Legislativo e o Judiciário após a promulgação da Constituição Federal de 1988, de modo a destacar a sua importância na concretização da democracia.

Com base em um marco teórico fundamentado na teoria institucional norte-americana, caracterizada principalmente pelas obras de Adrian Vermeule e Cass R. Sunstein, serão analisadas as ocorrências de tais fatores e a sua relação com a descaracterização da legitimidade democrática das agências. O seu ponto de partida será a suposta arbitrariedade encontrada na atuação das agências, que, com a evolução do Estado brasileiro, tornou-se o ponto fundamental acerca do entendimento sobre tais fatores. Em tempo, será verificada a capacidade do Chefe do Executivo em garantir o desempenho ainda que satisfatório (*second best theory*) destas instituições diante de situações estritamente delicadas. Neste cenário, buscar-se-á compreender se o respeito ao conhecimento técnico do agente regulador brasileiro é deixado em segundo plano pelo Executivo ao tomar decisões que deterioram a aparência democrática de tais instituições ou se não passaram de mecanismos de contenção de rebeldias por parte dos parlamentares e demais representantes do povo para garantir uma harmonia, ainda que momentânea, com o Executivo.

A limitação temporal será entre os anos de 2011 e 2016, período no qual passou-se a perceber a crise no presidencialismo brasileiro, marcada principalmente entre a incompatibilidade da gestão política apresentada pelo Executivo e aquela esperada pela base aliada ao governo. Quanto à metodologia, será utilizado o método hipotético-dedutivo, a partir da leitura de textos básicos que sirvam de diretriz para a sustentação e defesa de nosso argumento central, firmando-se aqui a indiscutível necessidade de textos críticos àqueles que adotaremos como estria de raciocínio, o delineamento da extensão e profundidade dos tópicos abordados e o mapeamento de textos doutrinários e legais com que se deve tratar o material recorrente ao objeto de estudo. Será sustentada, desta forma, a análise do objeto final de estudo, a saber, as capacidades institucionais para o desempenho de atividades interpretativas e deliberativas na propagação dos princípios constitucionais democráticos no âmbito das agências reguladoras brasileiras.

1. O Processo de Formação do Estado Administrativo Brasileiro e seus Desafios – um paralelo entre Estados Unidos e Brasil

Nestes últimos trinta anos do constitucionalismo brasileiro, as instituições desempenham um papel estratégico no contínuo processo de redemocratização do Estado. Dentre elas, destacam-se as agências reguladoras, cujas atividades são voltadas para o controle e a fiscalização da prestação de serviços essenciais à população pela iniciativa privada.

Espelhado no modelo de agências administrativas norte-americano, o processo de agencificação brasileiro iniciou-se na década de 1990, quando havia um cenário econômico em profunda reestruturação¹. A partir de então, viu-se a necessidade de o Estado abandonar o seu perfil intervencionista para dar espaço a uma atuação subsidiária. Através das agências, o Estado passou a prestar indiretamente suas atividades econômicas ao delegar aos particulares a realização de serviços públicos sem perder o controle da situação. Isto era possível através da criação de normas que disciplinassem o setor regulado e do estabelecimento de medidas e ações que visassem o controle e a fiscalização do mercado, corrigindo suas falhas e fazendo com que o interesse público predominasse em suas operações.

Apesar de, na teoria, serem Estados com características em comum, a adoção do modelo norte-americano de agências pelo Brasil não ocorreu como se esperava. Enquanto o modelo originário foi formulado de acordo com as necessidades estatais encontradas naquele momento, atentando-se as suas peculiaridades, o outro foi importado sem devidamente considerar as circunstâncias nas quais o Estado se encontrava. Tratou-se, portanto, de um processo de derivação imprópria da estrutura administrativa do Estado norte-americano ao brasileiro, o que ocasionou uma série de problemas em sua adaptação, sendo a seguir elencados aqueles de maior relevância para a presente análise.

Primeiramente, deve-se ressaltar o contexto no qual deu-se início ao processo de criação das agências reguladoras nos EUA e no Brasil. A regulação por meio de agências independentes nos Estados Unidos teve início ainda no século XIX, mais precisamente

¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, N. 45, 1998, pp.49-50. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000300004>. Acesso em 05 de setembro de 2018.

em 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commision*, cuja atuação era voltada para o controle e fiscalização das estradas de ferro e da concorrência entre os agentes econômicos ali envolvidos². A necessidade de regular as atividades econômicas surgiu a partir da intensificação do processo de industrialização no território norte-americano, ou seja, com a finalidade de evitar uma catástrofe em sua estrutura estatal a partir dos efeitos gerados com o crescimento do mercado. O mesmo não pode ser dito em relação ao Brasil, já que sua primeira agência reguladora independente foi criada em 1996³, período no qual o país passava por uma grande crise econômica e exigiu uma mudança de rumo na ação estatal ao delegar à iniciativa privada a prestação de serviços públicos (no caso, a produção e o fornecimento de energia elétrica). Neste viés, verifica-se que as agências reguladoras brasileiras passaram a existir a partir da tentativa de amenizar os efeitos da crise na qual o país se encontrava, e não para evitar que esta surgisse e propagasse no território, o que contribuiu para uma repercussão negativa das medidas realizadas pelo governo a fim de equilibrar o *status quo*.

Um outro aspecto relevante nesta análise é a maneira pela qual se desenvolveram os modelos de agência reguladora nestes países. No caso brasileiro, essas instituições surgiram a partir da criação das agências autônomas no governo de Fernando Henrique Cardoso (1995), que nada mais eram do que uma reestruturação das autarquias e fundações que exerciam atividades exclusivas do Estado na tentativa de modernizar a gestão e proporcionar um melhor atendimento de suas necessidades⁴. Já as norte-americanas foram criadas a partir delas mesmas, ou seja, não tiveram a sua estrutura readaptada a partir de um órgão preexistente, permitindo, desta forma, a observância de um desenho institucional legítimo.

Por último, destaca-se a influência do Chefe do Executivo na autonomia das agências (relativização da autonomia). Dentre suas atitudes rotineiras, destacam-se a estruturação do corpo diretor das agências fortemente relacionado ao atendimento de interesses políticos dos representantes do povo (e não do povo em si) – ou seja, do Congresso Nacional -, a exclusão de agentes não partidários do governo dentre outros.

² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 81.

³ Cf. BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Presidência da República. Brasília, 1996.

⁴ GUERRA, Sergio. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, V. 3, N. 2, 2017, p. 144-145. Disponível em <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/151/130>>. Acesso em 05 de setembro de 2018.

Tal característica encontra-se presente também no comportamento do Executivo norte-americano diante das agências, mas ainda de forma contida.

Verifica-se, portanto, que entre tais processos o diferencial está na maneira como foi realizada a importação do modelo norte-americano para o Estado brasileiro. Além disto, a continuidade ao processo não se deu de maneira a amenizar os empecilhos encontrados na implementação deste sistema, de modo a contribuir para a intensificação de suas dificuldades no âmbito democrático. Deve-se tal fato, como veremos a seguir, à maneira como o Chefe do Executivo manipula as agências.

2. Democracia e Agências Reguladoras – a interferência do Chefe do Executivo na concretização de valores democráticos na atividade regulatória brasileira

Há de se saber que a democracia brasileira enfrenta um caos de natureza institucional diante da tentativa de concretizar suas normas constitucionais, principalmente no plano dos direitos fundamentais. Nestes 30 anos de vigência da Constituição Federal, não há como ser afirmado um perfil institucional capaz de superar problemas no âmbito político e socioeconômico, de modo a contribuir para a construção de um Estado Democrático de Direito brasileiro.

Estes problemas institucionais podem impedir que se atinja de modo satisfatório os valores democráticos que se apresentem como pilares da ordem constitucional. Sob a tese de Adrian Vermeule, são quatro os valores democráticos que podem ser reconhecidos publicamente na efetivação de um perfil institucional: a imparcialidade, a transparência, a deliberação e a responsabilidade⁵. Os fenômenos institucionais apresentados são exemplos de distorções jurídico-políticas que reduzem o teor democrático da atividade institucional. Faz-se mister, portanto, buscar mecanismos que possam fornecer saídas legítimas em benefício da estrutura da sociedade, uma vez que a supressão ou alteração de grandes arranjos institucionais costuma gerar certo estranhamento e desconfiança por parte dos próprios cidadãos.

Cabe, em um primeiro momento, destacarmos, dentre tais mecanismos, a questão envolvendo a imparcialidade e a transparência diante do cenário regulatório brasileiro. A atuação das agências reguladoras tem sido, desde a sua criação, um tanto caótica. Como salientado por Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro⁶, estratégias para desestruturar estas instituições a fim de que o jogo regulatório seja modificado em prol daquele que detém maior poder político são tomadas sem considerar uma série de fatores, principalmente aqueles que ensejam repercussões na vida democrática de uma sociedade.

Muitas das vezes, tais medidas não seguem o conhecimento técnico necessário para a concretização das funções detidas pelas agências reguladoras, de modo a comprometer o desenvolvimento estatal almejado. Tais tomadas de decisões podem

⁵ VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York: Oxford University Press, 2007.

⁶ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples. **Revista Estudos Institucionais**, V. 3, N. 1, 2017. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>. Acesso em 05 set. 2018.

apresentar um caráter arbitrário e, conseqüentemente, desestabilizar o papel democrático daquelas instituições perante os destinatários de suas atividades.

Neste sentido, fundamenta-se, ainda, tal problemática com a perspectiva pós-madisoniana acerca da separação de poderes. De forma sintética, existem problemas estruturais no tradicional modelo de separação de poderes concebido por James Madison e, reforçado por autores designados legalistas liberais, por Eric Posner e por Adrian Vermeule.⁷

A política e a opinião pública seriam fatores capazes de, ao contrário dos mecanismos liberal legalists, controlar o Executivo porque, segundo os autores, “even between elections, the presidente needs both popularity, in order to obtain political support for his policies, and credibility, in order to persuade others that his factual and causal assertions are true and his intentions are benevolent”.⁸ Com isso, ainda que em momentos de normalidade, é indispensável que o presidente assuma compromissos, atue com responsabilidade e interesses para otimizar o apoio que recebe da população e amenizar sua relação com demais representantes. O fortalecimento do Executivo, em grande parte, depende de como ele mesmo se contém perante a política e a opinião pública. Após promover concessões e conquistar popularidade e credibilidade, o presidente se torna apto a concentrar maiores poderes à sua disposição.

Em paralelo, a atuação dos demais poderes não deve passar despercebida na presente análise. O destaque das instituições do Executivo que atuam no fortalecimento dos princípios democrático é crucial para a compreensão do modelo brasileiro de Estado Administrativo, mas não deve ser compreendido como estritamente necessário para tanto.

Ocorre que as atividades desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) contradizem, ao que parece, àquelas perpetuadas pelas Cortes Constitucionais que nos serviram de modelo (a alemã e a norte americana). Ao longo da década de 1990, sua atuação é fortemente caracterizada pelo ativismo judicial, o que a eleva a um grau de legitimadora para firmar o próprio Direito, ou seja, *uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*.⁹

⁷ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

⁸ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2011, p. 13

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 4, jan./fev. 2009, p. 3-4. Disponível em:

A partir dos anos 2000, o comportamento institucional do STF apresenta um caráter mais complexo: diminui-se o ativismo e destaca-se o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Isto revela-se como a dependência da sociedade diante dos tribunais e dos meios judiciais para abordar direitos e políticas públicas. O Judiciário passa, portanto, a atuar de maneira exacerbada, como se seus Ministros fossem doutrinadores do Direito, e não apenas magistrados.

Com o surgimento dos procedimentos do Judicial Review, os tribunais superiores passaram a ser requisitados para resolver tais questões, ditando o que viria a ser a palavra final. Cria-se, a partir disto, um dilema teórico que envolve o STF e a sua densa prática na resolução destes casos. A sua legitimidade para tratar de questões de cunho social e político é questionada, levando em consideração principalmente o fato de ser uma instituição cujos membros são escolhidos indiretamente pelo povo por meio do Presidente da República. Neste viés, paira a dúvida sobre o STF ser ou não uma instituição dotada de legitimidade para atuar atipicamente em funções que seriam originariamente do Executivo e do Legislativo.

Outra problemática que merece destaque é a atuação exacerbada do Judiciário quando encontra-se configurado o status de crise governamental: observa-se uma hipertrofia do Executivo, que passa a exigir do Legislativo e do Judiciário amparo para colocar em prática as medidas que julga ser necessárias para reverter a situação. Assim, haveria uma pressão no Judiciário para que delibere acerca das normas que liberariam recursos a fim de atender interesses alheios.

Outro fator que influencia a ocorrência de tais fenômenos é a limitada experiência constitucional democrática brasileira. Pode-se perfeitamente observar a falta de parâmetros norteadores da atividade das instituições. No plano subjetivo da atuação do agente institucional, por exemplo, pode-se verificar como é difícil e complexo seu desempenho autônomo e eficaz quando lhe faltam orientações. Tais situações podem acarretar condutas de caráter legalista, por exemplo, e que nem sempre promovem o papel democrático daquela instituição perante os destinatários de sua atividade.

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 05 set. 2018.

Neste sentido, defende-se que a desvalorização da atividade regulatória diante das constantes alterações do desenho institucional das agências movidas por interesses políticos gera, principalmente, um status de insegurança jurídica e social. Resta, neste cenário, questionamentos por parte dos demais Poderes e da própria população acerca de suas capacidades institucionais.

3. Desestruturação de Agências Reguladoras e o Rompimento com Preceitos Democráticos – o caso AGETRANSP

A fim de se comprovar a tese que aqui se sustenta, a saber a promoção da desestruturação do papel democrático das agências reguladoras a partir de alterações em seus desenhos institucionais que possuem como plano de fundo uma guerra de interesses políticos, trazemos para análise a questão o projeto de lei estadual no. 3184/2017, que visa a criação de uma nova agência reguladora no Estado do Rio de Janeiro – a ARSERJ.¹⁰

O Projeto de Lei citado tem por objeto a desestruturação de duas agências reguladoras do Estado do Rio de Janeiro: a AGETRANSP, no setor de transportes, e a AGENERSA, que atua na vigilância sanitária. Ao longo da proposta trazida pelos legisladores fluminenses, é nítido que o intuito deste ato normativo não se estenda apenas para a contenção de gastos públicos com a fusão de duas das maiores agências reguladoras do estado. Trocas de representantes e diretores de agências e o redesenho da atividade regulatória em tais setores a partir da fusão destas agências são as principais características em tal processo.

Trata-se, portanto, de um meio de busca pelo Executivo de, erroneamente através do Legislativo e do Judiciário, alcançar os meios para se sobressair – um tenta buscar saídas em debates abstratos, enquanto o outro prende-se à aplicação da norma, que ocorre em muitas das vezes conforme a pressão popular. Haveria, portanto, ausência de representatividade deste Poder diante das crises, tendo em vista a preocupação em buscar o culpado ao invés de encarar o Governo como uma instituição e assim cultivar os meios para contorná-la. Além disto, este Executivo desprovido de poder viria a configurar um quadro constante de crises, posto que o seu dever de articular os interesses de todos a fim de encarar o cenário crítico e promover o desenvolvimento estatal é esquecido pelos seus representantes. Entra neste cenário a fim de saná-lo a necessidade de um modelo que busque concretizar princípios democráticos por meio de instituições devidamente

¹⁰ Projeto de Lei Estadual/RJ no. 3184/2017, que dispõe sobre a criação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro (ARSERJ) a partir da fusão da AGETRANSP (Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro) e da AGENERSA (Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro). Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/1061f759d97a6b24832566ec0018d832/ecddc5b9b505c7dc832581450065bda4?OpenDocument&ExpandSection=-1>.

especializadas, sem que sejam extrapolados os seus limites de atuação – ou seja, o aperfeiçoamento do modelo regulatório brasileiro.

CONCLUSÃO

Com a redemocratização do Estado após o período da ditadura militar, destacou-se na atividade estatal a necessidade de atender a princípios democráticos antes ignorados. Neste cenário, as instituições desenvolveram um importante papel na sua concretização, principalmente aquelas no âmbito do Poder Executivo.

Visando colocar o Poder Executivo como a Instituição responsável pela solução dos problemas da nação, e não mais o Legislativo, o modelo do Estado Administrativo acaba ganhando destaque nas discussões sobre a crise estatal brasileira. Vários fatores atuam para confluência de perspectivas nesse sentido: a maior capacidade técnica dos administradores que, por terem maior know-how sobre determinado assunto, configuram-se como a maior autoridade para regulamentá-lo, a necessidade de atuação dinâmica regulatória, o desafogamento do Poder Judiciário, que é visto, por puro vício da máquina estatal, como o solucionador de crises dentre outros. Constitui-se uma maior interação entre os interessados, conferindo a dinâmica necessária para o bom funcionamento da complexa estrutura da Administração Pública, sempre objetivando eficiência e efetividade e não mais se apoiando no Judiciário com aquele que profere a última palavra, o que contribui para a compreensão da superação do sistema de tripartição dos poderes sustentado por James Madison.

Desta forma, um modelo administrativo que atribua maior autoridade e autonomia aos agentes da Administração Pública e que instaure um sistema mais burocrático seria o mais adequado às particularidades institucionais e políticas no Brasil contemporâneo, de modo a respeitar seus princípios democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 4, jan. /fev. 2009, p. 3-4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 12 jul. 2017.

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective. New York: **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series**, No. 06-37, 2006.

BEDNAR, Jenna. The Dialogical Theory of Judicial Review: a new Social Science agenda. **George Washington Law Review**, Vol. 78, 6, 2010.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New Heaven, Yale University Press, 1962.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

GRIFFIN, Stephen. **The Age of Marbury: Judicial Review in a democracy of rights**, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240>. Acesso em: 04 jul. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by W. Rehg. Cambridge, Mass., MIT Press, 1996.

HOGG, Peter. BUSHELL, Allison. The 'Charter' dialogue between Courts and Legislatures. **Osgood Hall Law Journal**, Vol. 35, 1, 1997.

LEVINSON, Daryl. PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. **Harvard Law Review**, Vol. 119, 1, 2006.

MENDES, Conrado. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension on statutory and constitutional interpretation. **Michigan Law Review**, Vol. 101, 952, 2003.

POSNER, Eric. VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the madisonian republic**. New York: Oxford University Press, 2011.

RAWLS, John. **A theory of Justice**. Harvard University Press, Boston, 1971.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Harvard University Press, Boston, 2009.

SEPULVEDA, Antonio; BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; LAZARI, Igor; KAYAT, Roberto. The Convenient Path of Brazilian Branches: The Executive Supremacy. **University of Maryland Schmooze “Tickets”**, No. 166, 2013. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/schmooze_papers/166/>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What it Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

VERMEULE, Adrian. Foreword: system effects and the Constitution. **Harvard Law Review**, Vol. 123, 4, 2009.

_____. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

_____. **Mechanisms of democracy: institutional design writ small**. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. **Law's Abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. "Interpretation and institutions". **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 28, 2002.