

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos

Janaína Rigo Santin

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-058-9

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi e será sempre um marco não apenas para o CONPEDI mas para toda a comunidade jurídica e para os programas de pós-graduação em direito do Brasil, por ser o primeiro evento totalmente virtual e no meio de uma das maiores pandemias da história da humanidade, a Covid-19 - e que, nada obstante todas as adversidades, foi concluído com enorme sucesso. Um evento que ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um amplo, qualificado e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e indúvidoso relevo prático.

Com efeito, a Covid-19 e seus desdobramentos foram a tônica dos debates e das comunicações, mas não somente isso! A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e na respectiva atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões informadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DESLEGALIZAÇÃO E DEMOCRACIA
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL
3. OS REFLEXOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
4. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA ADMINISTRATIVA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA JUDICIAL
5. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUTARQUIA INSS PARA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS VERSOS A EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

6. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIÁLOGO COM AS FONTES DO DIREITO E COM AS NOVAS TECNOLOGIAS
7. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA ARRENDAMENTO DE ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS ORGANIZADOS
8. ANÁLISE ESTRUTURAL DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO EM ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS BRASILEIROS
9. A DEVOLUÇÃO DO BEM PÚBLICO SUBTRAÍDO E A DESCARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
10. A INTERVENÇÃO ESTATAL DESPROPORCIONAL NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E A VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA
11. O REGIME JURÍDICO PÚBLICO SOBRE O REGIME PRIVADO: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
12. A PRÁTICA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL
13. GOVERNANÇA CORPORATIVA DE EMPRESAS ESTATAIS: EFEITOS PRODUZIDOS A PARTIR DA LEI DAS ESTATAIS FRENTE AOS DESAFIOS DE MITIGAÇÃO DE FRAUDES E CORRUPÇÃO
14. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: UM ESTUDO DE CASO
15. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A ADVOGADOS PÚBLICOS
16. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AS PENAS – ARTIGO 12
17. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÕES

18. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAR POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

19. POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 E OS MECANISMOS PARA SUA TUTELA À INFORMAÇÃO SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA CORRETA

20. AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A PANDEMIA DO CORONAVIRUS

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos 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 os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

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

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de

Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal -
publicacao@conpedi.org.br.

DESLEGALIZAÇÃO E DEMOCRACIA

DELEGALIZATION AND DEMOCRACY

Ana Beatriz Moreira Ribeiro ¹
Edimur Ferreira de Faria ²

Resumo

O presente trabalho, respaldado em pesquisa por levantamento bibliográfico, objetiva asseverar a viabilidade da deslegalização para o Direito brasileiro, levando-se em consideração a cambiante realidade social e o rápido avanço da tecnologia. Demonstra-se que tal fenômeno não gera um déficit democrático, haja vista que o fato de uma norma ser editada pelo Poder Legislativo, cujos membros foram eleitos democraticamente pelo povo, nem sempre a torna legítima. As agências reguladoras, longe da arena de disputas pelo poder político, e, dotadas de aparato técnico e burocrático eficiente, teriam melhores condições de normatizar determinadas matérias, em princípio, reservadas à competência do legislador.

Palavras-chave: Deslegalização, Direito brasileiro, Poder legislativo, Déficit democrático, Agências reguladoras

Abstract/Resumen/Résumé

The present work, aims to assert the feasibility of delegalization for Brazilian Law, taking into account the changing social reality and the rapid advance of technology. It is shown that this phenomenon does not generate a democratic deficit, given that the fact that a rule is issued by the Legislative Branch, whose members were democratically elected by the people, does not always make it legitimate. Regulatory agencies, far from the arena of disputes over political power, and, endowed with an efficient technical and bureaucratic apparatus, would have better conditions to regulate certain matters, in principle, reserved to the legislator's competence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Delegalization, Brazilian law, Legislative power, Democratic deficit, Regulatory agencies

¹ Advogada; mestranda em Direito Público pela PUC-MG; pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera; e graduada em Direito pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – FUNCESI.

² Doutor e mestre pela UFMG, professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação da PUC-MG. Ex-diretor da Faculdade Mineira de Direito da PUC.

1-Introdução

A atividade de regulação despontou, no Brasil, como decorrência do processo de desestatização. Nessa seara, com a redução do campo de atuação estatal a setores mais estratégicos, em congruência com as funções públicas, e as privatizações na prestação dos serviços públicos, a criação das agências reguladoras se fez necessária, com o fito de harmonizar os interesses públicos e privados, fiscalizando tais serviços mediante regulação.

Em virtude das especificidades técnicas é que surge o controvertido poder regulamentar das agências reguladoras, haja vista não deter o legislador conhecimentos científicos necessários à regulação setorial, diferentemente dessas entidades, cujos dirigentes possuem formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais foram nomeados, conforme estabelece o art.5º da Lei 9.986/2000.

O presente trabalho se debruça sobre a constitucionalidade e plausibilidade democrática do poder normativo concedido às agências reguladoras, cujo objetivo é demonstrar a viabilidade da deslegalização para o Direito brasileiro, em virtude da cambiante realidade social, mormente na área tecnológica, demonstrando que tal técnica não gera um déficit democrático.

O primeiro capítulo aborda o conceito de deslegalização, sob o ponto de vista de renomados doutrinadores, trazendo à baila as divergências entre eles, e a questão da constitucionalidade da delegação do poder normativo pelo Legislativo aos entes reguladores.

O segundo capítulo, de forma complementar ao primeiro, trata das agências reguladoras e seu poder normativo, avocando as características dessas entidades e a necessidade intrínseca do exercício do poder regulamentar para o cumprimento de seu mister.

O terceiro capítulo, por sua vez, versa sobre o princípio da legalidade, da separação dos três poderes e democracia, argumentando sobre se, realmente, há um possível déficit democrático na atuação dessas entidades, e quais os mecanismos adotados no Brasil para alargar o controle social e a participação popular nas decisões das agências reguladoras.

Para confrontar o tema foram avocados doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Alexandre Aragão, Marçal

Justen Filho, dentre outros. Foi utilizado o método dedutivo e realizada pesquisa qualitativa e descritiva, bem como técnicas de levantamento de referências e de revisão bibliográfica.

2- Conceito de deslegalização

De acordo com Marçal Justen Filho (2002), a deslegalização constitui-se na possibilidade de o Congresso estabelecer princípios e diretrizes gerais a respeito de determinada matéria que, embora não compreendida em reserva absoluta de lei, já esteja disposta em lei formal. Essa lei, deslegalizadora, confere ao Executivo competência delimitada para editar decretos regulamentares, aptos a derrogar a lei formal vigente. No entanto, defende-se, no presente trabalho, que na deslegalização os regulamentos não revogam as leis. Conforme Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2009), essa revogação é operada pela própria lei deslegalizadora, que, utilizando-se do ato normativo da agência, exerce uma “revogação diferida” no tempo. Para o mesmo autor, ao invés de se falar em delegação de poderes, seria mais pertinente se falar em atribuição de competência pelo legislador às agências.

Pontifica José dos Santos Carvalho Filho (2018) que a deslegalização decorre da paulatina complexidade técnica das atividades da Administração - sendo aceita em sistemas normativos como o da França -, em que o próprio legislador transfere a competência para regular determinadas matérias da lei, ou ato análogo, para outras fontes normativas. A normatização se transfere do domínio da lei para o domínio do ato regulamentar. Tal delegação, segundo o autor, não é completa e integral, encontra limites. O legislador, amparando-se em critérios políticos e administrativos, traça o regramento básico, abrangendo a delegação tão somente a discricionariedade técnica. Na deslegalização, há a criação de normas, não apenas a complementação da lei, por meio de normas de conteúdo organizacional, ocorrendo inovação no ordenamento jurídico. Por tal motivo, alguns doutrinadores a denominam de poder regulador, a fim de diferenciá-la do poder regulamentar tradicional.

Segundo Canotilho (1995), a deslegalização, também chamada delegificação, ocorre quando uma lei rebaixa formalmente o seu grau normativo, admitindo que determinada matéria não regulamentada venha a ser alterada por meio de regulamento.

Todavia, existem doutrinadores que, por advogarem que a delegificação equivale a uma delegação de poderes legislativos, somente a Constituição poderia

autorizar essa transferência de competências legislativas para o regulamento, sobretudo em um regime de constituição rígida, independentemente de proibição expressa da CF/88. Tal impedimento adviria da própria repartição constitucional de competências.

Gustavo Binenbojm (2008) advoga que a deslegalização fere o princípio da legalidade, redundando, formalmente, na possibilidade de o legislador modificar o procedimento legislativo previsto na CF/88, e, sob o ângulo material, refletiria a não sujeição das agências reguladoras às normas ditadas pela autonomia popular. Na mesma linha, Letícia Queiroz de Andrade (2008) afirma que a delegificação cria regulamentos autônomos, vedados pelo ordenamento jurídico pátrio. Para a autora a deslegalização resulta em delegação de competência, não sendo passível aos regulamentos gerar direitos e obrigações.

Conforme Caio Tácito (1997), o legislador tem poder para estipular as competências do poder regulamentar, definindo quais as matérias lhe serão atribuídas, podendo, via de consequência, os decretos baixados nessas matérias modificar, ab-rogar ou substituir as determinações legislativas, até que o legislador avoque referidas matérias. Segundo o autor, a atuação do Poder Executivo na criação do direito objetivo não é inconstitucional nem nos países contrários à delegação de poderes, haja vista que a regulamentação vai além da reprodução analítica da lei. Regulamentar significa ampliar e completar o sentido da lei, principalmente quando a lei lhe confere esse poder.

Para Diogo Figueiredo Moreira Neto (1999), a deslegalização seria uma espécie de delegação em que o legislador retira determinadas matérias do domínio legal para alocá-las na esfera do regulamento. Segundo o doutrinador, tal fenômeno não tem vedação constitucional, pois há uma tendência flexibilizadora do Direito Público contemporâneo, bem como não há vedação constitucional que a proíba. A deslegalização só não será permitida caso a CF/88, expressamente, a desautorize. Modo outro, estar-se-ia reduzindo os poderes congressuais para dispor, conforme as circunstâncias, sobre o modo de exercício de sua competência.

Consoante Alexandre Aragão (2003), as competências das quais as agências reguladoras são investidas fortalecem o Estado de Direito, haja vista que retira a regulação das lutas políticas.

Defende-se, aqui, a deslegalização não como uma delegação de poderes legislativos, não como transferência do poder ab-rogatório da lei, mas como uma política adotada pelo legislador, como uma competência atribuída por ele, na qual ele desloca para uma outra sede normativa a regulação da matéria. O legislador rebaixa o

grau hierárquico da norma, cabendo à Administração Pública, mediante análise das circunstâncias, definir o momento em que a norma será revogada. Cabe enfatizar, que a norma anterior é revogada não pelo regulamento, mas pela própria lei deslegalizadora, que habilita a Administração Pública a regulamentar a matéria, conforme parâmetros já traçados. O poder normativo do Executivo se ampara na lei, que, por sua vez, poderá, a qualquer momento, cassar ou atenuar tal poder. Ou seja, há a possibilidade de intervenção do Poder Legislativo, a qualquer tempo, não havendo que se falar em inconstitucionalidade.

A jurisprudência do STF esposou o entendimento pela constitucionalidade da deslegalização, no julgamento da ADI 4568/DF, ajuizada pelo PSDB, PPS e DEM, cuja relatora foi a ministra Cármen Lúcia. Os referidos partidos alegaram a inconstitucionalidade do art.3º, Lei 12.382/2011, que fixou a possibilidade de o Poder Executivo reajustar e aumentar o salário mínimo por decreto. Arguiram que tal dispositivo é inconstitucional por contrariar o disposto no art.7º, IV, CF/88, que exige lei em sentido formal para a fixação do salário mínimo. Aduziram que é o Legislativo o palco para o debate político a respeito do valor do salário mínimo e seus reajustes periódicos, que não se resume aos critérios técnicos e econômicos. Contudo, o Decreto do Poder Executivo apenas aplicaria, de forma completamente vinculada à lei, os parâmetros previamente definidos em lei, a fim de viabilizar o disposto no caput do art.2º da lei impugnada, cabendo-lhe tão somente publicizar a aplicação conjugada dos índices sobre o valor do salário mínimo, à época definido, pelo art.1º, em R\$545,00. Entendeu o STF pela crise da legalidade, o que torna saudável o diálogo entre os poderes Legislativo e Executivo, já que aquele não consegue acompanhar, de forma tempestiva, as mudanças sociais e tecnológicas, além do moroso processo legislativo que o envolve, enquanto esse disporia de melhor aparato burocrático e corpo técnico para melhor responder aos novos desafios, não previstos, e às complexas demandas surgidas em virtude das modernas tecnologias. Aduziu, ainda, que o Legislativo não poderia renunciar à sua competência em face do Executivo, devendo, para tanto, fixar standards de conteúdo, no intuito de limitar a atuação da Administração Pública. De acordo com a Corte Constitucional, não haveria nada que obstruísse o Poder Legislativo, caso entendesse conveniente, de revogar *in totum*, ou parcialmente, a Lei 12.382/2011.

Desse modo, a par dos conceitos já explorados e da jurisprudência exposta, pode o legislador, a qualquer momento, avocar a competência para disciplinar as

matérias transferidas ao Executivo, não havendo que se falar nem em delegação de competências, tampouco em omissão legislativa. O que se pode aferir é um entrosamento positivo entre ambos os poderes, com a junção das orientações gerais balizadas pelo Congresso e do aparato técnico e diligente do Executivo, responsável por empreender os critérios legais, consoante o dinamismo da realidade social.

3- Agências reguladoras e poder normativo

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2018), poder regulamentar, inserido na função normativa geral, é a faculdade de direito público concedida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis, possibilitando a sua efetiva aplicabilidade, sendo-lhe, no entanto, vedado alterá-la, ante a alegação de estar regulamentando, sob pena de abuso do poder regulamentar.

Enquanto as leis constituem atos de natureza originária, ou primária, visto que emanadas diretamente da CF/88, o poder regulamentar possui natureza derivada, ou secundária, somente podendo ser exercido mediante lei prévia. Só é concebido como típico poder regulamentar a atuação administrativa de complementação das leis ou atos análogos a elas. Contudo, a CF/88, em alguns casos, admite que determinados órgãos produzam atos que, por emanarem diretamente da própria CF/88, possuem natureza primária.

O poder regulamentar se formaliza, basicamente, por decretos e regulamentos, que são atos de regulamentação de primeiro grau. Outros atos que lhes são subordinados e os regulamentem, com maior detalhamento, podem ser classificados como atos de regulamentação de segundo grau.

O mencionado poder pressupõe a existência de lei, não podendo contrariá-la, devendo respeitar os limites por ela impostos, sob pena de invalidação. É, portanto, ilegítima a criação de direitos e obrigações por meio do referido poder, salvo obrigações subsidiárias, ou derivadas.

Importante mencionar que os atos de regulamentação passam por um controle, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário. O art.49, V, CF/88 aduz que o Congresso Nacional possui competência exclusiva para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. No que tange ao controle judicial, caso o ato regulamentar extrapole os limites da lei, haverá um controle de legalidade decorrente do conflito do ato com a lei,

ainda que tenha caráter normativo. No entanto, se o ato regulamentar ofender diretamente a CF/88, poderá sofrer controle de constitucionalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), sendo qualificado como ato autônomo.

As agências reguladoras são autarquias especiais, inseridas no ordenamento jurídico durante a transição do Estado Social para o modelo regulador, a partir da Reforma do Estado brasileiro, cuja finalidade é disciplinar e controlar as atividades econômicas em sentido amplo (serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito).

Referidas agências foram incorporadas a fim de amenizar o aparato burocrático existente nos Ministérios e, devido ao recente passado histórico - particularmente marcado por regimes autoritários -, garantir o direito de propriedade dos investidores e o fiel cumprimento dos contratos celebrados em meio ao processo de desestatização, através de dirigentes com mandatos fixos - dando-lhes independência política -, independência técnica decisional, independência normativa e independência gerencial, orçamentária e financeira.

Para tal desiderato, fez-se necessária uma delimitação regulatória, delineando melhor os direitos e obrigações dos atores de cada setor, preservando as políticas tarifárias, e desenvolvendo mecanismos mais hábeis e eficientes com o fito de solucionar os conflitos entre o poder público e os agentes econômicos concessionários. Nesse cenário, as emendas constitucionais de nºs 5, 6, 7, 8 e 9, todas de 1995, foram cruciais para a incorporação do modelo de agências reguladoras no Brasil e a privatização dos serviços públicos.

As agências reguladoras, de acordo com o art.37, XIX, CF/88, somente podem ser criadas mediante lei, com possibilidade de interferência do legislador, seja para alterar o seu regime jurídico, ou mesmo extingui-las, cabendo ao presidente da República, conforme dicção do art. 61, § 1o, II, 'e', CF/88, a iniciativa privativa para a sua criação ou extinção. Ou seja, tanto a sua criação quanto a sua extinção passa pelo crivo do Legislativo e do chefe Executivo nacional. Há uma interpenetração entre os dois poderes.

Tais agências têm a responsabilidade de resguardar diversos interesses – públicos e privados -, bem como perseguir certas finalidades, detendo, para tanto, um poder discricionário. Ocorre que, muitas vezes, esses interesses e finalidades entram em choque. Para Massimo Severo Giannini (1993), o exercício da discricionariedade administrativa serve para, segundo os mandamentos de otimização, ponderar os

interesses envolvidos, buscando, na medida do possível, o consenso, mesmo porque uma das funções das agências reguladoras é a resolução de conflitos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018) pontifica que, no Direito norte-americano toda a organização administrativa se restringe às agências: reguladoras e não reguladoras, a depender de lhes serem concedidos, ou não, poderes normativos outorgados pelo Congresso, a fim de editar normas que afetassem os direitos, as liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos. Essas agências desempenham funções quase legislativas, visto que dispõem de funções normativas; e quase judiciais, pois resolvem conflitos de interesses, sendo controladas, no entanto, pelos tribunais. Além disso, gozam, também, de certa autonomia em relação ao poder Executivo, já que suas normas e decisões não são passíveis de alteração ou revisão por autoridades estranhas ao próprio órgão. A atividade legislativa das agências, contudo, vem sendo objeto de controvérsias, pois, em um país como os Estados Unidos, com rígida separação de poderes, haveria, por esse princípio, impedimento de delegação legislativa a outros poderes.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018), existem dois tipos de agências reguladoras no Brasil: as que exercem, com fulcro na lei, poder de polícia, a exemplo da Anvisa, normatizando a atividade, nos limites legais, impondo limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização e repressão; e as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, etc). Segundo a autora, em relação às funções inerentes às agências reguladoras, nos dois tipos, a que mais desencadeia controvérsias é a função reguladora, por estar sendo delegada de forma muito semelhante à outorgada às agências reguladoras do direito norte-americano, sendo-lhes conferido o poder de ditar normas com mesma força de lei, fundada em parâmetros e conceitos indeterminados.

Para a autora, apenas a ANATEL e a ANP têm previsão constitucional no Brasil, sendo que a delegação, nas demais agências, está sendo feita por sua lei instituidora. Por tal motivo, a função normativa que exercem, não poderia ser maior que aquela exercida por outros órgãos ou entidades da Administração Indireta, tampouco poderiam regulamentar matéria não disciplinada em lei, por não possuírem os regulamentos autônomos fundamento constitucional no Brasil. A doutrinadora pontifica que as normas que referidas agências podem editar restringir-se-iam a regular a própria

atividade da agência, através de normas de efeitos internos, bem como conceituar, interpretar e explicitar conceitos jurídicos indeterminados abrangidos pela lei, sem, no entanto, inovar na ordem jurídica.

José Carlos Francisco (2002), todavia, advoga que as agências reguladoras retirariam do art.174, CF/88, a justificativa para seu poder normativo, que predica ser o Estado agente normativo e regulador da atividade econômica.

Diogo Moreira Neto (1999) aduz que a competência normativa das agências reguladoras é o que fundamenta a sua criação. O poder de emitir normas técnicas visa obstar que as técnicas legais se tornem antiquadas, bem como a interferência de fatores de ordem partidária.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2000) sustenta que, com o nascimento do Estado regulador, adveio a necessidade de ponderar sobre a atividade normativa das agências reguladoras para analisar seus fundamentos e limites constitucionais. Segundo o autor, dever-se-ia recorrer ao princípio da proporcionalidade, a fim de ponderar os limites do princípio da legalidade face aos demais princípios a que se sujeita a atividade administrativa.

4- Princípio da legalidade, separação dos três poderes e democracia

A grande celeuma doutrinária que circunscreve o extenso poder normativo conferido às agências reguladoras relaciona-se a uma possível violação aos princípios da legalidade, da separação dos três poderes e democrático.

Uma primeira corrente doutrinária sustenta que o poder normativo concedido às agências reguladoras para complementar o sentido das leis não encontra amparo na Constituição, haja vista, conforme o art.84, IV, CF/88, se tratar de um infundado alargamento da discricionariedade normativa por parte do titular do poder regulamentar, que é o chefe do Executivo. Outra corrente de juristas predica inexistir um poder normativo das agências reguladoras, por se tratar de uma delegação renunciatória, o que se mostraria incompatível com a ordem constitucional vigente. A terceira corrente, por sua vez, segundo Paulo Todescan Lessa Mattos (2006), pressupõe haver a necessidade de regulação técnica de mercados, implicando no rompimento da organização de poderes do constitucionalismo clássico, de modo a tal atribuição centrar-se cada vez mais no Executivo.

De acordo com Gustavo Binbenbujm, vivencia-se, atualmente, uma crise da lei formal, em que a lei deixa de ser a expressão da vontade popular, bem como o meio apto a tratar de questões técnicas, em virtude da morosidade do seu processo legislativo, sendo imperativo o exercício da função regulatória, cujo processo é mais rápido e eficiente. Desse modo, o princípio da adequação nos informa que as agências reguladoras devem seguir um procedimento que se coadune com a natureza específica do tema tratado, sendo as questões apresentadas por essas agências de ordem técnica, cuja celeridade é imprescindível, inconciliável com a lentidão do Poder Legislativo. O princípio da especialidade, a seu turno, nos orienta que a matéria normatizada pelas referidas agências é de traço técnico-científico, cujos problemas demandam soluções de natureza científica. O princípio da eficiência, inserido na CF/88, pela EC 19/98, reforça a necessidade do poder regulamentar das agências em comento, pois constitui requisito imperativo à efetivação do interesse público, caracterizado por uma atividade administrativa a ser exercida com competência, eficácia, presteza, de modo a garantir um melhor retorno social.

No âmbito do Direito Administrativo, o princípio da legalidade atua não apenas como protetor da liberdade subjetiva dos indivíduos, mas, também, como um limitador da atuação do administrador. Todavia, o Estado legislativo cedeu espaço ao Estado Constitucional, em que a Constituição, antes considerada um documento simbólico, passa a ter força normativa, inspecionando a validade das próprias leis.

O ministro Eros Roberto Grau (2005) pontifica que o art.5º, II, CF/88 emprega o princípio da legalidade em termos relativos, devendo ser entendido não como reserva de lei, mas como reserva de norma, em que a norma pode ser legal, regulamentar ou regimental, desde que em virtude de lei, pois se há um princípio de reserva da lei, no qual determinadas matérias só podem ser disciplinadas por lei, as excluídas podem ser tratadas por regulamentos. Nesse sentido, o princípio da legalidade é observado ainda que outra espécie normativa, que não a lei, trata de determinada matéria, desde que haja previsão legal.

Na deslegalização, a lei formal institui parâmetros e objetivos a serem empreendidos pelas agências reguladoras, a fim de materializarem o interesse público. A competência normativa, portanto, é inerente aos órgãos reguladores que, caso destituídas dessa faculdade, não conseguiriam cumprir com seu desiderato. De acordo com Gustavo Binbenbujm (2005), esses parâmetros, ou standards, funcionam como diretrizes democráticas, a balizar o trabalho das agências reguladoras, de modo a

determinar a finalidade de sua atuação. Além disso, segundo o autor, servem como controle externo à atividade regulatória, possibilitando aos cidadãos e agentes econômicos se resguardarem de possíveis abusos por parte dessas entidades.

Conforme Pedro Eliezer Maia (2012), a separação dos poderes é um princípio constitucional, instituído no Brasil a partir da CF/88, em seu artigo 2º, que tem por objetivo impedir a concentração dos poderes nas mãos de um só grupo ou pessoa. Por esse princípio, os poderes do Estado são divididos entre determinados órgãos, de maneira que cada um exerça suas funções típicas e, ao mesmo tempo, controle a atuação dos demais, a fim de conduzir ao equilíbrio do Estado.

No entanto, a origem da teoria tripartite é muito mais antiga do que se possa imaginar, sendo objeto de reflexão e discussão desde a Antiguidade, embora com vertentes distintas.

De acordo com Marília Costa Barbosa (2006), Aristóteles, na Antiguidade Clássica, já definia as funções do Estado em Poder Deliberativo, Magistraturas e os Tribunais, que apresentavam estreita correspondência com os atuais poderes do Estado. Nessa construção, incumbia ao Poder Deliberativo as principais decisões soberanas a respeito da promulgação das leis, da guerra e da paz, da ruptura dos tratados, das penas de morte, de banimento e de confisco, bem como a prestação de contas aos magistrados, semelhante ao Poder Legislativo, presente na atual sociedade. As magistraturas, a seu turno, se encarregavam do exercício da função de ordenar, assim como julgar e deliberar acerca de determinadas matérias- similar ao Poder executivo. E os tribunais, por sua vez, assumiam o papel de julgar, deliberando sobre os assuntos relacionados à conduta dos magistrados, as malversações financeiras, os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição, as multas contra as pessoas públicas e privadas, os contratos, bem como questões criminais e relativas a estrangeiros, existindo, ainda, os juízes singulares para os casos mínimos.

O que importa salientar, segundo a autora, nessa construção aristotélica, é que, embora não tenha formulado uma Teoria dos Três Poderes, Aristóteles já advertia quanto aos riscos da centralização de poder em um único ente, e da ineficiência gerada pela impossibilidade fática deste ente conseguir decidir sobre uma gama de questões, que nem mesmo a lei seria capaz de minuciar.

Ainda, segundo Barbosa (2006), um século depois de Cristo, Políbio, em seus estudos, retrata a organização da República Romana, na qual conviviam três poderes, com diferentes atribuições e possibilidade de vigilância de um sobre o outro,

sendo eles: o Senado- representando o princípio aristocrático, o Consulado- representando o princípio monárquico, e o povo- representando a democracia.

No entanto, à medida em que a sociedade se tornou mais complexa, a teoria tripartite foi retomada a partir de enfoques distintos.

Nessa conjuntura, preleciona Pedro Eliezer Maia (2012), John Locke, pensador liberal do século XVII, que acreditava ser o Estado fruto de um acordo de vontades entre esse e os homens, cujo fundamento era a “defesa da propriedade”, baseando-se no Estado Inglês em que vivia, identificou neste quatro funções exercidas: a função Legislativa, atribuída ao parlamento- representante do povo; e as funções Federativa, Administrativa e Função de realizar o bem comum, de titularidade do executivo, que eram exercidas pelo monarca. Para Locke, esta última função era ilimitada, por ser primordial, podendo ser exercida sem qualquer interferência, de modo a estender a discricionariedade do governante.

De acordo com Locke (1978), “não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade”.

Todavia, a teoria proposta pelo pensador inglês não foi capaz de estabelecer uma estrita separação entre os Poderes Legislativo e Executivo, na medida em que era possível a interferência mútua de ambos, quando um destes descumprisse com a sua função. E, embora Locke tenha dado os primeiros indícios da teoria, depois dos pensadores da Antiguidade, esta só se tornou notável a partir de Montesquieu.

Juliana Matias (2007) pontifica que a passagem do Estado absolutista para o Estado Liberal retrata o momento da fundamentação da teoria tripartite, na medida em que Montesquieu, em repúdio ao absolutismo, a encontra como forma de limitar o poder do monarca, deixando a cargo do Estado apenas o dever de zelar pelas situações preestabelecidas pelos indivíduos.

De acordo com o teórico francês (2000):

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria

ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.

Dessa forma, conforme o pensador, caberia ao Legislativo a elaboração das leis, sua correção ou ab-rogação; ao Poder Executivo das Coisas que Dependem o Direito das Gentes, a promoção da política externa e da segurança; e ao Direito Executivo das Coisas que Dependem o Direito Civil, a punição dos crimes e o julgamento dos litígios entre os particulares, admitindo, contudo, a faculdade de estatuir (ordenar por si mesmo ou corrigir o que foi ordenado por outrem) e de impedir (anular uma resolução ou decisão política legal).

Nessa conjuntura, em 1789, adveio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França, declarando, em seu artigo XVI, não haver constituição dentro de uma sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, pensamento este que também foi incorporado à Constituição norte-americana de 1787.

Todavia, de acordo com os ensinamentos de Pedro Eliezer Maia (2012), Montesquieu, em sua clássica teoria tripartite, certamente, por ter vivido sob a égide de um Estado Liberal, que propalava um Estado mínimo, rotulava o Poder Judiciário praticamente como nulo, limitando a participação do Executivo ao direito de veto, em que a totalidade do direito de iniciativa dos projetos de lei centrava-se no Poder Legislativo.

E, conforme Barbosa (2012), no final do século XIX, com a crise do Estado Liberal, reformulou-se o papel do Estado, passando este a ser cada vez mais solicitado. Nesse momento histórico, não se impunha mais uma rígida delimitação das funções do Estado, mas, ao contrário, uma atuação que atendesse às demandas sociais, cada vez mais graves e urgentes, primando pela sua eficiência.

Diante dessa perspectiva, com a mudança de paradigma de um Estado Liberal para o Estado Social, passou-se a exigir uma atuação mais proativa do Estado. E, via de consequência, passa a ser questionada a viabilidade do modelo tripartite propugnado pelo pensador francês, impondo-se a sua revisão a fim de adaptá-lo ao novo contexto sócio-político.

De modo diverso ao que previa Montesquieu, os poderes possuem funções precípua, mas não privativas, de modo que o Legislativo tem, como função típica, legislar, e funções atípicas executar (dispor sobre sua organização, por exemplo) e julgar (por exemplo, julgamento do processo de impeachment pelo Senado Federal); o Judiciário tem como função basilar julgar, mas também exerce funções executiva (por exemplo, quando realiza um procedimento licitatório) e legislativa (quando edita normas de regimento interno); e o Executivo tem como função preponderante administrar, porém, como funções atípicas, legislar (quando edita atos normativos) e julgar (quando instaura processo administrativo disciplinar, por exemplo).

A partir da elucidação dos autores, verifica-se, assim, que não existe no Brasil uma rígida separação dos três poderes, conforme previa a teoria original desenvolvida pelo Barão de La Brède (Montesquieu), atuando os órgãos de forma independente e insubordinada, mas sujeita à fiscalização pelos demais, com o escopo de garantir um “sistema de freios e contrapesos”, para que se possa ser assegurada a democracia.

No tocante ao suposto déficit democrático apresentado pelas agências reguladoras, faz-se mister elucidar o que é democracia, sendo que não existe uma única concepção para defini-la.

O sentido de democracia tem variado ao longo dos anos, a depender do estágio político e cultural dos povos. Da ideia clássica ao período atual, o termo democracia sempre foi utilizado para caracterizar uma das formas de governo, segundo Norberto Bobbio (2018), uma administração do interesse geral, uma das maneiras com que o poder político é exercido. Para o autor, a democracia nasceu da concepção individualista da sociedade, em que qualquer tipo de sociedade, em especial a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos homens. Bobbio (2018) caracteriza a democracia como um conjunto de regras, primárias ou fundamentais, que determinam quais os autorizados a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos, sendo um “número muito elevado” de membros do grupo. De acordo com o autor, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, cujas decisões são vinculatórias para todo o grupo.

Nessa esteira, Bobbio (2018) elenca as promessas não cumpridas pela democracia e os seus paradoxos. A primeira delas é a sociedade pluralista, centrífuga, em que convivem vários centros de poder. O ideal democrático seria uma sociedade centrípeta, sem corpos intermediários, mas o que ocorreu foi, justamente, o contrário: os

protagonistas da vida política são os grupos – as grandes organizações, associações de diversos tipos, sindicatos, partidos de diferentes ideologias - e não os indivíduos. Esses se encontram divididos em grupos contrapostos e concorrentes. A segunda é a representação dos interesses, em que o representante está sujeito a um mandato vinculado, perseguindo os interesses particulares do grupo que o elegeu, em detrimento do interesse geral. A terceira é a persistência das oligarquias. Cita que a democracia representativa, por si só, já é uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia. Ressalva, contudo, que o excesso de democracia, o “cidadão total”, é temerário à própria democracia. A quarta são os espaços limitados. Não é o número daqueles que têm direito de participar das decisões o que determina o grau de desenvolvimento da democracia, mas o seu espaço de atuação. A quinta é o poder invisível. Numa democracia, a regra de ouro é que as decisões sejam públicas, não apenas para o cidadão conhecer as condutas dos seus representantes, mas também como forma de controle. A sexta é o cidadão não educado. A educação para a democracia deveria surgir concomitantemente ao exercício da prática democrática. A participação eleitoral tem um valor pedagógico. No entanto, a apatia política só faz crescer. A sétima é o governo dos técnicos. O projeto democrático foi idealizado para uma sociedade muito menos complexa que a atual, em que cresceram os problemas políticos que demandam soluções técnicas. A tecnocracia e a democracia são opostas: enquanto na democracia todos podem decidir a respeito de tudo, na tecnocracia apenas os técnicos detêm o conhecimento necessário para decidir. Aristóteles e Platão eram contrários ao regime democrático, por suporem que o povo, sobretudo os mais pobres, não tivessem aptidão para o exercício de cargos que carecessem a tomada de decisões. E a oitava promessa não cumprida é o contínuo crescimento do aparato burocrático, um poder ordenado hierarquicamente, do vértice à base, totalmente oposto ao sistema de poder democrático. Paradoxalmente, o processo de burocratização é decorrente do processo de democratização.

Para Rousseau, a verdadeira democracia nunca existiu, e jamais existirá. É impossível que um grande número de pessoas governe uma minoria. Segundo o filósofo, iria contra a “ordem natural” das coisas. A história nos mostra ser “natural” que uma minoria governe uma maioria, enquanto a democracia inverte essa relação: uma maioria, inculta, governa a minoria culta e proprietária.

Para Karl Popper, a vantagem da democracia em relação aos demais regimes de governo é que, por ser o povo o titular do poder, pode se livrar de seus governantes sem derramamento de sangue.

Face ao breve apanhado histórico, embora o modo de investidura dos dirigentes das agências reguladoras não se dê através de sufrágio universal, não se pode enveredar pelo caminho de um suposto déficit democrático. Isso porque a democracia não exige que todos os cargos públicos sejam ocupados por representantes eleitos pelo povo, como por exemplo, ocorre no Judiciário e no Ministério Público, cujos membros ingressam por meio de concurso público.

A instituição das agências reguladoras se deu, também, pelo anseio de desenvolvimento da democracia, não apenas pelas pressões econômicas do neoliberalismo, pretendendo-se diminuir a concentração de poder. A desconcentração do poder, ao se retirar determinadas atribuições da Administração central, impõe limites à atuação dos governantes eleitos pelo povo.

A previsão de mandatos periódicos e não coincidentes e a garantia contra a demissão arbitrária dos dirigentes dessas entidades, além da composição colegiada das diretorias e do ato complexo de escolha dos seus membros, evidenciam o cuidado para que as decisões sejam tomadas conjuntamente e afastadas de pressões políticas.

A participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos nos processos de decisão é um dos mecanismos de legitimação que vem sendo institucionalizados pelo direito positivo. Para Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (1996), a participação popular serve não apenas ao contraditório, mas, também, à ponderação dos interesses envolvidos, tornando as decisões emitidas pela Administração Pública mais equilibradas e com maior aceitação pelos destinatários.

A maior parte das leis instituidoras das agências reguladoras impõe a prévia realização de consultas e/ou audiências públicas à tomada das decisões por essas agências. O art. 31, Lei nº 9.748/99, que trata do Processo Administrativo Federal, prevê a possibilidade de consulta pública nos processos administrativos que envolvam assuntos de interesse público geral, ainda que sejam de cunho individual.

A Lei 8.987/95, que regulamenta o art.175, CF/88 e trata das concessões e permissões de serviços públicos, ainda que de forma tênue, contemplou em alguns dispositivos a participação popular, a exemplo do art.3º, que preceitua que as concessões e permissões estarão sujeitas à fiscalização pelo poder concedente, com a cooperação dos usuários. O art.7º, IV e V, dispõe sobre as obrigações dos usuários de

comunicar ao poder público as irregularidades e atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço. O art.29, XII, diz incumbir ao poder concedente estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço. O paragrafo único do art.30 menciona que a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

A Lei 13.848/2019 dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Em seu art.9º, predica que serão objeto de consulta pública, antes de o conselho diretor ou a diretoria colegiada tomarem qualquer decisão, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. O art.10 menciona, ainda, sobre a possibilidade de se convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante, enquanto o art.11 aponta outros meios de participação de interessados que poderão ser criados para a participação nas decisões das agências, diretamente ou através de organizações e associações legalmente reconhecidas.

O art.24 da Lei 13.116/2015, que dispõe sobre normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações, estabelece que em municípios com população superior a 300 mil habitantes deverá ser constituída comissão de natureza consultiva, com participação de representantes da sociedade civil e de prestadoras de serviços de telecomunicações, a fim de contribuir com a implementação da lei.

O art.24 da Lei 12.965/2014, que estabelece sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. por sua vez, menciona serem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil o “estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica”.

Ainda que a realização de audiências e consultas públicas seja de natureza discricionária, se houver recusa da administração, caso solicitadas, deverá ser devidamente fundamentada, com amparo nos princípios constitucionais, respaldados nos arts.1º, caput, 5º, XXXIII, 37, caput e §3º e 175, II, todos da CF/88. Além disso, os

arts.2º e 50,I da Lei 9.784/99 exigem motivação para quaisquer atos administrativos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”. Para David Ciriano Vela (2000), apesar do juízo de discricionariedade das agências reguladoras, a ausência da participação popular nessa “zona de oportunidade”, seria capaz de invalidar o ato normativo expedido.

Em virtude dos princípios da publicidade e da motivação, impõe-se não apenas a realização da audiência e consulta populares, mas, também, a prévia informação de sua realização e apreciação, bem como, se for o caso, a recusa justificada de todas as críticas e sugestões formuladas. Os atos das agências reguladoras deverão ser sempre motivados, independentemente de exigência legal expressa.

Não obstante embrionárias, as mencionadas previsões legislativas denotam um progresso da participação popular nas decisões e formação de opinião das agências reguladoras, o que implica um avanço democrático.

Pode-se dizer, por todo o exposto, que, apesar de não se afigurar como um modelo ideal, a instituição dessas agências, *per si*, não representa um déficit democrático, incompatível com os mandamentos constitucionais.

5- Conclusão

Diante do enfrentamento das questões atinentes à deslegalização, as conclusões que podem ser extraídas a partir da presente pesquisa são as que se seguem:

- a) Com o advento da Revolução Francesa, acreditava-se que apenas os representantes eleitos teriam legitimidade para conduzir a sociedade. Contudo, surgiu a necessidade de criação de órgãos estatais com autonomia e independência funcional a fim de, fora do círculo político, melhor conduzirem os interesses da coletividade, dando, assim, a origem aos poderes neutrais do Estado, que albergam diferentes realidades, como as agências reguladoras independentes e as cortes constitucionais, por exemplo.
- b) A sociedade se tornou mais complexa, demandando, portanto, soluções mais complexas, que necessitam de conhecimento técnico, especializado. O congresso Nacional seria incapaz de fornecer respostas em tempo hábil, face à morosidade do processo legislativo que, em média, demora dois anos, e respeitando o caráter científico necessário à solução da questão.

- c) A sociedade atual é muito mais numerosa que as sociedades antigas, nas quais se exercia a democracia direta, como em Atenas, convocando os cidadãos a deliberarem, numa praça, sobre determinadas questões. A democracia direta, nos tempos atuais, é completamente inviável.
- d) O cidadão não detém o conhecimento técnico-científico necessário à tomada de determinadas decisões.
- e) Embora seja um paradoxo, o crescimento do aparato burocrático se deu em virtude da própria demanda por mais democracia. O Estado Social, que clama pela prestação de serviços por parte do Estado é um feedback a uma reivindicação vinda de baixo.
- f) Numa democracia, não há a exigência de que todos os cargos sejam preenchidos por representantes eleitos pelo povo. Se assim fosse, num país, como o Brasil, de dimensões continentais, o povo seria conclamado a decidir o tempo todo sobre quem ocuparia os cargos públicos.
- g) Há uma crise do atual conceito de legalidade. Há um déficit na democracia representativa. Não há uma conexão entre a defesa dos interesses do povo e os interesses de seus representantes. Os governantes estão mais preocupados em legislar para si e para os grupos de poder que o elegeram – representação dos interesses – do que para os cidadãos, titulares do poder político. Portanto, o fato de os dirigentes das agências executivas não serem eleitos diretamente pelo povo não indica que haverá menos democracia, não devendo se confundir legalidade com legitimidade.
- h) Os dirigentes das agências reguladoras têm mandato fixo, se sujeitam à quarentena, estando, ao menos, em tese, afastados das influências do poder político. Por deterem estabilidade e mandato fixo, estão menos suscetíveis às pressões políticas inescrupulosas, podendo desempenhar, com melhor aptidão, suas capacidades técnicas.
- i) Existem questões que devem ser decididas com base no caráter científico, não político.
- j) Ainda que se possa parecer tímida, há uma ampliação dos espaços democráticos no tocante ao processo de decisões relativas às agências reguladoras, possibilitando ao cidadão interessado influir nas deliberações dessas entidades, como especificado nas Leis 13.848/2019, 13.116/2015, 12.965/2014 e 8.987/95.

- k) Os princípios da legalidade, da separação dos três poderes e democrático sofreram mutações, no decorrer dos séculos, conforme as transformações da sociedade, no tempo e no espaço.

6- Referências

ANDRADE, Letícia de Queiroz de. **Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em: 31 de dezembro de 2019.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA, Marília Costa. **Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado**. 2006. Rev. Cient. Fac. Lour. Filho – v.5, n.1, 2006. Disponível em: <<http://www.flf.edu.br>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*/Norberto Bobbio; tradução de Marco Aurélio Nogueira. – 15ª ed. – Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. *Revista tributária e de finanças públicas*. Nº 35, Ano 8, novembro/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCISCO, José Carlos. *Agência reguladora: atividade normativa*. *Direito da regulação*. *Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*. Coord. Alexandre dos Santos Aragão. Vol XI, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo, Volume Secondo*, Ed. Giuffrè, 3ª ed., Milão, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1978. (Coleção Pensadores).

MAIA, Pedro Eliezer. **A separação dos poderes e a crise de governabilidade no direito brasileiro**. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). *Direito Público*, Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

MATIAS, Juliana. **Os três Poderes**: teoria da separação dos poderes - de Montesquieu à Constituição Federal de 1988, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 29 dezembro. 2019.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultura, 2000, v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de direito administrativo*. Nº.215, janeiro/março, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *A constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, Ed. Almedina, 1996.

TÁCITO, Caio. “As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar”, *Temas de Direito Público*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997.

VELA, David Ciriano. *Administración Económica y Discrecionalidad*, Ed.Lex Nova, Valladolid, 2000.