I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito administrativo e gestão pública III [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: 978-65-5648-026-8
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

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública III, durante o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020. Cabe ressaltar a magnitude do evento diante do momento presente, no qual vivenciamos uma das maiores pandemias da história - a Covid-19. E mesmo diante de tantas adversidades atingiu seu escopo com grande sucesso. O encontro ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, reunindo um amplo, qualificado e diversificado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com produções científicas marcadas pela destacada pertinência acadêmica e substancial importância empírica.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISES. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 20 (vinte) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares. Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Discricionariedade administrativa e segurança jurídica; Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise do controle judicial da atuação administrativa discricionária sob a luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do Direito Administrativo (Cleonácio Henrique Afonso Silva, Davi Prado Maia Oliveira Campos e Daniel Ferreira dos Santos); 2) Espetacularização do Controle e o Déficit de eficiência nas políticas de desapropriação (Sílzia Alves Carvalho e Daniel Lopes Pires Xavier Torres); 3) Limites Impostos pela

LINDB ao poder sancionador exercido pela Corte de Contas potiguar(José Anderson Souza de Salles); 4) O perigo do controle judicial sobre os atos normativos regulatórios discricionários das agências reguladoras federais, quando exorbita a sua legitimidade constitucional de atuação e substitui o administrador (Carolina Feitosa Cruz Cabral); 5) O assédio moral na Administração Pública como ato de improbidade: o direito à dignidade humana no trabalho (Marlisa Ramos de Oliveira, Giovana Tognolo Vilela Macedo e Felipe Pedroso dos Santos); 6) Das sanções administrativas no âmbito das licitações (Renata Souto Rocha e Sarah Lara Alves Martins); 7) O controle (não) consensual dos acordos firmados na fase inquisitória e preparatória à ação de improbidade administrativa (Flávia Baracho Lotti Campos de Souza), e 8) A responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos frente aos seus usuários: uma análise crítica sobre o tema (Sandro Eduardo Roussin Soares).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e enfretamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo Discricionariedade administrativa e segurança jurídica, foram apresentados os trabalhos 1) Discricionariedade administrativa: o conceito de interesse e a falsa concepção da supremacia a priori do interesse público (Sérgio Augusto Veloso Brasil); 2) Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper (Gláucia Milagre Menezes e Ricardo Torres Oliveira); e 3) Segurança Jurídica e estabilização na interpretação de normas de conteúdo indeterminado na atividade administrativa (Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro e Ivan Lira de Carvalho). Assim, o administrador público, com intuito de proporcionar a prestação de serviços à sociedade civil não pode afastar-se da necessária e imprescindível submissão aos termos legais e constitucionais. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública, com um conjunto de 9 (nove) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) O direito ao erro do administrador público e o dever de precaução (Fernando Angelo Ribeiro Leal); 2) Regulação paternalista em tempos de pandemia (André Martins Bogossian); 3) O princípio da eficiência na atividade regulatória brasileira (Ana Flávia Lins Souto); 4) A força normativa das agências reguladoras no Estado brasileiro: similitudes e diferenças do modelo americano (Kelly Helena Santos Caldas, Miriam Coutinho de Faria

Alves e Tâmis Hora Batista Fontes Couvre); 5) A aplicação analógica da nova Lei Geral das Agências Reguladoras ao regime especial de autarquias tradicionais (Daniela dos Santos Ferreira de Almeida); 6) Exigibilidade constitucional da sustentabilidade nas contratações públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência (Salete Oro Boff e Dionis Janner Leal); 7) Controvérsia na aplicação da obrigatoriedade de contratação dos egressos do sistema prisional nas licitações públicas (Melissa Lara Andrade); 8) Gestão de Parques Urbanos Municipais por particulares; reflexões sobre a utilização da concessão de serviço público à luz da experiência do município de São Paulo (Juliana Patricio da Paixão) e 9) A competência do Poder Executivo estadual para decretar o fechamento de rodovias e aeroportos durante o estado de calamidade (Lucas Fagundes Isolani e Rafael Clementino Veríssimo Ferreira). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

Nota técnica: O artigo intitulado “Reflexão sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito "Instituições Sociais, Direito e Democracia" - Universidade FUMEC, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública III 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.

A FORÇA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO BRASILEIRO: SIMILITUDES E DIFERENÇAS DO MODELO AMERICANO

THE NORMATIVE FORCE OF REGULATORY AGENCIES IN THE BRAZILIAN STATE: SIMILITUDES AND DIFFERENCES OF THE AMERICAN MODEL

Kelly Helena Santos Caldas [1]
Miriam Coutinho De Faria Alves [2]
Tâmis Hora Batista Fontes Couvre [3]

Resumo

A sociedade de risco demanda uma reconfiguração das bases da Administração Pública, diante da evidente necessidade de desburocratização para enfrentar, adequadamente, os riscos contemporâneos. As leis convencionais passam a dar lugar às leis finalísticas, que ampliam a capacidade normativa dos gestores públicos, sendo a atuação autônoma e independente das agências reguladoras um exemplo claro desta nova modernidade. O propósito deste artigo é compreender este novo Estado Regulatório por meio de um estudo comparado entre o direito administrativo brasileiro e o norte-americano. A metodologia científica adotada parte de revisão bibliográfica especializada para desenvolver, consequentemente, análises comparativas e qualitativas.

Palavras-chave: Sociedade de risco, Agências reguladoras, Força normativa, Modelo americano, Corrupção

Abstract/Resumen/Résumé

The risk society demands a reconfiguration of the bases of Public Administration, given the evident need to reduce bureaucracy in order to adequately face contemporary risks. The conventional laws are replaced by finalistic laws, which expand the regulatory capacity of public managers, with the autonomous and independent performance of regulatory agencies being a clear example of this new modernity. The purpose of this article is to understand this new Regulatory State through a comparative study between Brazilian and American administrative law. The scientific methodology adopted starts from a specialized bibliographic review to develop, consequently, comparative and qualitative analyzes.

---

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do grupo de pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). Advogada. E-mail: kellycaldas.contato@gmail.com.

[2] Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS) Pesquisadora Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura CNPq/UFS. Doutora em Direito (UFBA). E-mail: miriamfaria2002@yahoo.com.br.

[3] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). Servidora Pública Federal (UFS). E-mail: tamis.hora@gmail.com.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Risk society, Regulatory agencies, Normative force, American model, Corruption

1. INTRODUÇÃO

As novas interações multidimensionais advindas do processo de globalização acabam por demandar um alargamento das atribuições, inclusive normativas, da Administração Pública. Na medida em que se diluem as fronteiras nacionais e se expandem as relações econômicas, governamentais e sociais, pretende-se desburocratizar as instituições públicas para a maior adequação das ações estatais diante dos riscos globais agora rotineiros.

Diante dos novos riscos e da insegurança por eles gerada, o Estado então assume a gerência protetiva da sociedade e dos interesses públicos por meio da instauração de uma Administração Regulatória. Em uma sociedade de risco, a legislação pautada na rigorosa subsunção do fato à norma não mais se adequa aos conflitos e complexidades da atual modernidade. A legislação convencional outrora imutável abre caminho para a vagueza de uma legislação finalística.

O presente trabalho parte da conjectura brevemente traçada acima para refletir sobre a atuação normativa da Administração Pública, quando da criação de agências reguladoras por meio de legislações finalísticas que propiciam aos respectivos entes autárquicos autonomia regulatória, ou seja, capacidade ativa de criação de normas.

A regulação dos setores econômicos por meio de agências reguladoras independentes, na promoção de uma política equilibrada de concorrência entre entidades privadas, num intervencionismo estatal diminuto, focado na previsão das falhas e dos riscos econômicos, é o modelo adotado pelos Estados Unidos, que serve de inspiração ao modelo nacional.

A partir do estudo das similitudes e diferenças das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos, especificamente dos tipos de presidencialismo, regimes de governo e sistema eleitoral, espera-se compreender os obstáculos enfrentados para a desburocratização e a eficácia das agências reguladoras em âmbito nacional. Para finalizar este estudo, não menos importante será a análise dos impactos do patrimonialismo e da corrupção na construção da insegurança e do descredito nos organismos estatais, especificamente na atuação pessoal e político-partidária das agências reguladoras brasileiras.

2. DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DE RISCO: UM PERCURSO IRREFREÁVEL

O século XX e XXI, marcados pela inovação tecnológica, pelo desaparecimento das fronteiras nacionais, pela formação de organizações internacionais, pela flexibilização da soberania estatal e pela globalização multidimensional, tem demandado uma reconfiguração

das bases e das premissas da Administração Pública, por meio da criação de formas complexas de governança, como é o caso das agências reguladoras, tema central deste trabalho.

O processo de globalização e a sua relação direta com a revolução da informação são as bases de um modo próprio e novo de entendimento humano, causador de mudanças efetivas nas relações educacionais, nas relações de trabalho, nas relações de lazer, nas relações governamentais e nas relações de estruturação social. A humanidade, nesse cenário global, caminha para a velocidade, a multidisciplinaridade e a flexibilidade operacional. (JAMBEIRO, 1998).

De grande eficácia política e, ao mesmo tempo, de imprecisão terminológica, Beck (1999) dimensiona a globalização em partes diversas e não necessariamente complementares, sem linhas fronteiriças, tendo como divisão proposta a sociedade, a cultura, a comunicação técnica, a ecologia, o trabalho, os conflitos culturais e a economia.

No aspecto econômico, verifica-se que a relações tendem para uma "transacionalização" (CARDOSO, 2010, p. 88). Ulrich Beck (1992) compreende que enquanto a sociedade industrial produzia riquezas, a sociedade global produz riscos, riscos estes inevitáveis e de larga escala, diversamente dos perigos fabris do início do século XX. Ao invés de atingir apenas classes ou grupos específicos, as ameaças contemporâneas transpõem as fronteiras nacionais, alcançando as fronteiras supranacionais, alterando significativamente os modos de viver social e politicamente[1].

Nesta mesma linha, Beck (1992) apresenta a ideia de diferenciação e não ruptura entre as fases da modernidade. Enquanto a primeira modernidade, iniciada em 1700 e intensificada após a Segunda Guerra Mundial, baseia-se na ideia de Estado nação e na forte crença na ciência e no progresso, a segunda modernidade, iniciada nos anos 60, possui grandes desafios como a globalização em processo multidimensional e a crise ambiental[2]. (SORESEN; CHRISTIANSEN, 2013).

---

[1] Nas palavras próprio autor: "*This 'logic' of risk production and distribution is developed in comparison to the 'logic' of the distribution of wealth (which has so far determined social-theoretical thinking). At the center lie the risks and consequences of modernization, which are revealed as irreversible threats to the life of plants, animals, and human beings. Unlike the factory-related or occupational hazards of the nineteenth and the first half of the twentieth centuries, these can no longer be limite to certain localities or groups, but rather exhibit a tendency to globatization which spans production and reproduction as much as national borders, and in this sense brings into being supra-national and non-class-specific global hazards with a new type of social and political dynamism*." (BECK, 1992, p. 13).

[2] Para uma melhor distinção entre a primeira e a segunda modernidade, Soresen e Christiansen (2013, p. 39) trazem um complemento aprofundado.

Uma sociedade globalizada, multidimensional e contingencial, necessita de efetiva desburocratização das estruturas públicas para enfrentar de modo decisivo e preciso os riscos[3] contemporâneos. Esse novo modelo socioeconômico exige um novo olhar sobre as bases do Estado Constitucional de Direito.

O modelo de Estado liberal, seguido do modelo de Estado social dá lugar a uma nova perspectiva de concepção estatal, o Estado de risco. Não há como refrear o avanço tecnológico, muito menos a interdependência e internacionalização entre os Estados, na verdade o que ocorre, segundo Maurício Júnior (2017, p. 136) é a politização dos riscos por meio da absorção dos direitos liberais e sociais, "transformando o estado no grande gerenciador de riscos na sociedade".

Para o constitucionalista e professor Bonavides (2007) se faz necessário perceber que o Estado social decorreu de uma significativa transformação do Estado liberal, todavia, este novo modelo social não deve ser confundido de maneira alguma com o socialismo marxista e o Estado proletário, estando o Estado social, em verdade, atrelado umbilicalmente ao capitalismo.

Apesar do Estado liberal e do Estado social partirem do pressuposto de existência do Estado nacional e soberano, enquanto para o Estado liberal a sociedade se autoregia e o estado garantia apenas as bases para esta atuação autônoma, no Estado social caberia ao estado intervir diretamente na ordem social para garantir a igualdade material e a distribuição dos bens e serviços entre os cidadãos.

A tutela dos cidadãos frente aos perigos trazidos pela sociedade pós-industrial é o desafio do novo modelo de estado de direito. Os perigos gerados pela tecnologia determinam que os avanços da segurança nacional para a segurança jurídica, e da segurança jurídica para a segurança social, evoluam para uma segurança multidimensional. (MAURICIO JUNIOR, 2017)

Diante de um estado de insegurança social e política gerado pela onipresença e instabilidade do poder tecnológico, as relações privadas e públicas, individuais e sociais, comerciais e econômicas, jurídicas e governamentais ganham um novo contorno, cabendo ao Estado à proteção dos riscos, por meio da Administração Regulatória.

3. LEGISLAÇÃO CONVENCIONAL *VERSUS* LEGISLAÇÃO FINALÍSTICA

[3] Sobre risco, Maurício Júnior (2016, p. 196) destaca que: "Risco relaciona-se diretamente ao problema da decisão, no presente, sobre algo que pode acontecer em um futuro incerto. A sociedade moderna experimenta o futuro sob a forma do risco de decisão, e a tomada de decisões, por seu turno, só é possível no presente e somente tem cabimento na medida em que o que vai acontecer é incerto".

A dinâmica moderna de cenários socioeconômicos nacionais e transnacionais em um contexto global exige que a Administração Pública, direta e indireta, expanda seus papéis regulatórios, decisórios e normativos. Em uma sociedade de risco, marcada pela insegurança nas relações internas e externas ao estado, não há mais como conceber uma legislação convencional, fechada e rigorosamente elaborada.

Em um modelo legislativo convencional caberia aos membros do Poder Executivo e do Poder Judicial a mera subsunção do fato a norma, ou seja, o silogismo jurídico. Karl Engisch lança luz às premissas iluministas segundo a qual era possível trazer clareza para as decisões judiciais administrativas por meio de "normas rigorosamente elaboradas". (ENGISCH, 2001, p. 206).

Em um Estado de risco, a insegurança e a imprevisibilidade são elementos inevitáveis, sendo necessária, para Engisch (2001, p. 207-208), uma nova metódica legislativa, caracterizada por alargar vínculos legais e conferir "maior autonomia do órgão aplicador do direito em face da lei", sendo o julgador convocado a emitir juízos valorativos.

> O princípio da legalidade da actividade jurisdicional e administrativa, em si, permanece intocado. (...) As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador." (ENGISCH, 2001, p. 207).

O positivismo jurídico não comporta mais as especificidades da sociedade contemporânea e a imprevisibilidade das relações, ou seja, ao invés de uma norma fechada e restrita, surgem normas abertas e finalísticas, repletas de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.

O declínio do positivismo deu lugar a um novo paradigma do direito. Hugo Brito, em sua tese de doutorado, traz como pilares importantes do pós-positivismo: i) a atuação interpretativa como elemento fundamental, na medida em que a ação do legislador é o inicio da construção linguística da norma jurídica, que se completa no trabalho do intérprete; ii) os princípios são ponderados no momento da aplicação da norma; iii) de modo expresso ou implícito, os valores e objetivos contidos nos princípios devem ser observados de modo a garantir a máxima concretude possível e iv) diante do conflito entre princípios aplicáveis ao caso concreto, cabe ao intérprete encontrar a solução mais equilibrada. (MACHADO SEGUNDO, 2009).

A velocidade da mutação da sociedade de risco exige um olhar atento ao futuro e para tanto outros paradigmas de criação, validade, eficácia e efetividade e justeza normativa precisão ser desenvolvidos. Diante da crueldade e do terror legitimado do nazismo e do fascismo, a cultura jurídica positivista deu lugar a uma nova comunicação entre moral, direito e política.

Nesta linha de raciocínio, as lacunas e antinomias identificadas no positivismo fragilizaram a ideia de uma legislação fixa, universal e rigorosamente fechada, abrindo caminho para uma concepção da lei mais vaga, informadora de valores e objetivos gerais, políticas públicas, princípios e programas finalísticos, cabendo aos membros do Executivo e do Judiciário o papel de concretizar tais desejos, inicialmente, apresentados pelo legislador.

4. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO NOVO MODELO DE ATUAÇÃO ESTATAL

A discricionariedade administrativa é a possibilidade de escolhas pela Administração Pública, diante das peculiaridades do caso concreto, tal ação administrativa decorre da impossibilidade da lei vinculada suprir diretamente todas as demandas que acontecem na realidade social.

O gestor público escolhe como o interesse público irá se materializar por meio de uma margem estatal. Tal decisão não fere o princípio da legalidade, o que na verdade ocorre é o juízo de conveniência e oportunidade, manifesto por meio da "racional ponderação dos valores em dado caso concreto". (FRANÇA, 2017, p. 114).

Enquanto para alguns autores o administrador não possui escolha e liberdade para decidir administrativamente, o que na verdade ocorre é a mera execução de um dos possíveis caminhos apresentados pelo legislador (FRANÇA, 2017). Para outros, a atuação discricionária do gestor público consiste no "poder-dever de agir", presente na "edição de atos concretos e individuais, bem como na edição de atos normativos, gerais e abstratos." Ou seja, ao invés de uma mera execução, há um ato de criação, em que a margem de liberdade estatal diante de uma decisão de natureza política. (CARDOSO, 2010, p. 14-16)

A realidade se modifica com o tempo e assim acontece com os institutos jurídicos, ao olhar-se para o princípio da legalidade logo se percebe um processo de redução e amplitude de seu conceito. Para Pietro (2018), no Estado liberal, a legalidade referia-se apenas aos direitos individuais, enquanto que no Estado social, o princípio da legalidade ampliou-se para contemplar novos atos normativos do gestor público, em um processo de fortalecimento da

capacidade normativa do Poder Executivo. No Estado Democrático de Direito ocorre uma nova ampliação da atividade normativa, agora destinada à Administração Pública e não ao Chefe do Poder Executivo, sendo a ideia de legalidade expandida para compreender não só as leis *stricto sensu*, como também os princípios e os valores.

Leciona Henrique Ribeiro Cardoso (2010) outra questão importante acerca da discricionariedade administrativa, qual seja, a sua diferenciação em relação aos conceitos jurídicos indeterminados e às normas finalísticas pela Administração. Enquanto a discricionariedade é um processo de vontade, a aplicação de um conceito jurídico indeterminado é resultado de uma interpretação da lei, na qual só caberá uma única decisão justa. Já em relação às normas finalísticas em comparação ao poder discricionário, apesar da comum liberdade volitiva, é visível a maior vagueza e amplitude da primeira, em suas diretrizes, objetivos e valores.

O uso de leis convencionais e altamente vinculativas na Administração Pública não se mostra mais adequada aos tempos modernos, em grande parte dos setores públicos, especialmente os econômicos, ao contrário, se faz urgente o uso das leis finalísticas, com amplo espaço de decisão por meio dos gestores públicos. Cenários instáveis e complexos não cabem na literalidade da lei.

É no modelo estatal contemporâneo, diante da concessão de poderes normativos à Administração Pública e não ao Presidente da República, que reside a função normativa das agências reguladoras. O monopólio da produção normativa pelo Poder Legislativo vai dando vasão ao alargamento da atuação do Poder Executivo, já que a sociedade mais complexa e dinâmica demanda respostas mais rápidas e especializadas.

Este novo cenário de produção normativa prescinde de uma adequação tanto do princípio da separação dos poderes quanto do princípio da legalidade. As agências reguladoras, tema valioso a este trabalho que será aprofundado mais a frente, possui diferenciada autonomia administrativa, fiscalizatória, financeira e, principalmente, regulatória, ou seja, capacidade criativa de normas.

4.1 Teoria discursiva do direito e democracia deliberativa na atuação regulatória da Administração Pública

O amplo espaço de decisão e regulação da nova Administração Pública não há de ser exercido com arbitrariedade e desvios de função e interesse, devendo os gestores se pautar por critérios adequadamente racionais e participativos.

Compreende-se que existem pontos de interseção claros entre as teorias de Alexy e Habermas, enquanto a primeira é voltada para o estudo da legitimação discursiva das decisões dos juízes constitucionais (aqui pensada no controle discursivo dos gestores públicos quando da criação normativa das agências reguladoras), a segunda volta-se para a criação de espaços de democracia direta e participação ativa dos cidadãos interessados e afetados pela produção destas mesmas normas. (CARDOSO, 2010).

Em uma sociedade moderna, a razão comunicativa é um "*medium* linguístico" em que não há "um macrossujeito sociopolítico" e sim a interligação de interações das diversas "formas de vida". (HABERMAS, 1997, p. 20). Na linha exposta, as normas de ação advindas do processo democrático, terão legitimidade e validade somente quando as condições possíveis para a comunicação efetivem a liberdade de argumentos, informações, construções emancipatórias no espaço público. (HABERMAS, 1997, p. 142).

A maior intensidade da participação direta da sociedade no escopo das ações normativas das agências reguladoras mostra-se uma busca equacional entre interesses aparentemente contrapostos, no intuito de dar voz à opinião pública junto à Administração Pública Regulatória, na construção de soluções eficazes aos riscos da sociedade global.

A tese do Caso Especial proposta por Alexy é considerada pelo referido teórico como um produto decorrente da relação direta com a Ética do Discurso habermaseana. A teoria argumentativa do direito teria uma dupla face, possuindo, ao mesmo tempo, um "caráter autoritativo, institucional ou real do direito" e uma "dimensão livre, discursiva ou ideal". (ALEXY, 2014, p. 127).

O caráter discursivo do direito decorre diretamente da abertura discursiva do comando proibitivo ou permissivo, em maior ou menor densidade dependendo da estrutura da norma. Sendo assim, sempre há uma liberdade de argumentação diante das decisões judiciais.

Para Alexy (2014), três são as razões que baseiam a sua tese do caso especial. A primeira refere-se ao caráter prático e impositivo tanto da argumentação prática geral quanto da argumentação jurídica, a segunda refere-se à pretensão de correção em ambos os discursos, e a terceira, não menos importante, justifica que a correção pretendida no caso especial é diversa do discurso prático geral, na medida em que o que é correto ou não, no primeiro caso, dependerá do ordenamento jurídico vigente.

Regras e Princípios são distintos, enquanto para as regras "comandos definitivos" se aplica a técnica da subsunção, para os princípios "comandos de otimização" se busca a maior medida possível, por meio da ponderação. (ALEXY, 2014, 307). Importante, nesse diapasão, observar que a expansão da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia Deliberativa figura

como raciocínio necessário ao poder executivo no âmbito da Administração Pública regulatória.

5. DIREITO ADMINISTRATIVO ANGLO-AMERICANO E DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: CARACTERÍSTICAS E DISTINÇÕES

Antes de adentrar efetivamente no atual cenário brasileiro das agências reguladoras e nas possíveis contribuições do cenário norte-americano, se faz premente uma breve apresentação comparativa das características elementares do direito administrativo brasileiro e do direito administrativo americano, na medida em que estes pressupostos jurídicos umbilicais podem interferir diretamente na dinâmica de atuação e abrangência das agências reguladoras.

A perspectiva do direito no sistema *statute law* tem bases diferentes do sistema *common law*, enquanto o primeiro foca no direito codificado e legislado, influência direta do direito romano-germânico, o segundo foca nos costumes e nos precedentes das decisões dos tribunais, presente fortemente no direito anglo-americano.

Esclarece Pietro (2018) que o sistema *common law* também segue o direito escrito e diante de um conflito entre norma escrita e não escrita, aquela prevalece e forma precedentes judiciais para as situações futuras. Nos Estados Unidos, ao invés do princípio da separação dos poderes, vigora os princípios da *judicial supremacy* e *due process of law*. O Direito administrativo não era visto com bons olhos, ou seja, um conjunto de normas concedentes de privilégios à Administração em desfavor do particular.

Diferente do direito com base romanística, no sistema *common law* foram os anseios econômicos e sociais da modernidade que legitimaram a criação e a ampliação do direito administrativo, já que até então o seu escopo de atuação era pequeno, limitando-se às relações administração-particular, sendo as outras matérias da organização administrativa reguladas pelo regime jurídico de direito privado.

Importante registrar que os Estados Unidos passaram a possuir órgãos administrativos com "funções judiciais ou quase judiciais" de regulação, aplicação e julgamento, em muitos casos, sem possibilidade de revisão pelos tribunais. Órgãos como "*Commissions, Offices, Agencies, Boards*", além de terem ampla discricionariedade, exercem poder regulamentar com força de lei e possuem relativa independência em relação ao Chefe do Poder Executivo. Tendo no principio constitucional da liberdade de indústria e comércio o regente da iniciativa privada nos serviços de utilidade pública. (PIETRO, 2018, p. 60-61).

Diferentemente de outros países, os Estados Unidos já nascem como Estado independente, sendo as liberdades individuais pressupostos inerentes à própria estrutura do Estado em seu nascimento, sem haver necessidade de lutas sociais por estes direitos. Daí decorre a prevalência do regime jurídico de direito privado e a lenta construção do direito administrativo. (PIETRO, 2018).

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a responsável pela expansão do Direito Administrativo, tendo como novo objeto de ação a seara econômica e social. Ao invés de proteger a ordem pública apenas, o Estado torna-se agente ativamente responsável pela concretização de direitos individuais, sociais e econômicos, ampliando fortemente a máquina estatal.

O Direito Administrativo brasileiro contempla aspectos tanto do sistema com base romanística quanto do *common law*. A unidade de jurisdição, a lei como principal fonte do direito, sendo a constituição a máxima expressão deste, são alguns dos exemplos. Todavia, a eficiência da adoção destes modelos estrangeiros no Estado brasileiro se vê reduzida na medida em que, em uma democracia recente como a nossa, nem sempre o que a lei prevê é o que efetivamente acontece.

Importante ressaltar que o fenômeno da agencificação e a ideia do poder regulador presente no Direito Administrativo brasileiro, essenciais para a reflexão aqui proposta, não possui influência do sistema romanístico e sim do sistema do *common law*.

6. AGÊNCIAS REGULADORAS: COMPREENDENDO O CENÁRIO

No século XIX, a propriedade pública das indústrias foi difundida na Europa como único meio de proteger a economia e o consumidor da suposta ineficiência dos monopólios privados, garantindo assim a democracia industrial. Todavia, a prática mostrou o contrário: faltava às empresas públicas "direção adequada do Estado para orientar estratégias de longo prazo e, ao mesmo tempo, estavam sujeitas à intervenção do governo em suas operações diárias". (MAJONE, 2013, p. 13).

De modo oposto, nos Estados Unidos da América, a tradição da regulação por agências é exercida há muito tempo, as indústrias de considerado interesse público permaneceram sob a tutela da propriedade privada, sujeitas às coordenadas das agências reguladoras independentes, reduzindo claramente o intervencionismo estatal.

Majone (2013, p. 18), na perspectiva da teoria normativa de regulação, considera que "a regulação é empreendida para corrigir vários tipos de falhas de mercado: falha de

competição, externalidades negativas, falhas de informação e provisão insuficiente de bens e serviços públicos".

A preocupação com a política de concorrência fez do modelo de regulação econômica norte-americana a referência não só para países europeus, como também para países latino-americanos, como é o caso do Brasil. O modo e os níveis de regulação variam de uma comunidade para outra, entretanto, a sua existência é uma realidade notória em tempos modernos.

6.1 Agências Reguladoras no Brasil

Apesar da função reguladora já existir do Brasil desde o início do século XX, foi apenas na década de 90[4] que as agências reguladoras foram aqui criadas, tendo como modelo de referência o norte-americano.

No caso brasileiro, assim também adotado nos Estados Unidos, a própria lei que cria a agência, já estabelece o seu poder normativo, sem que este fira as espécies normativas primárias previstas pela Constituição Federal de 1988, nem mesmo a vedação da delegação do poder normativo ao Executivo[5].

Na salutar compreensão de Cardoso (2010), as limitações normativas constitucionais não deslegitima o poder normativo exercido pelas agências reguladoras, na medida em que o mesmo não decorre de delegação legislativa e sim de delegação executiva, diferenciando, portanto, o ato de normatizar e ato de legislar.

No Brasil, instituídas como autarquias de regime especial, as agências reguladoras são personalidades jurídicas de direito público, criadas por ato legislativo do Presidente da República. Leis específicas para cada setor econômico do mercado estabelecem as tarefas incumbidas às respectivas agências.

---

[4] Gracindo (2019, p. 226-228) elenca as mudanças ocorridas no cenário brasileiro, na década de 1990. "Durante o final da década de 1990, o Brasil realizou uma profunda reforma no seu aparato estatal (...) o processo de reforma pretendeu estabelecer menos burocracia, menos governo e mais expertise técnica para garantir um ambiente regulatório estável e apto a corrigir de maneira efetiva e eficiente as possíveis falhas de mercado do setor regulado, colocando o Brasil na rota dos investimentos internacionais e, assim, possibilitando o alcance do desenvolvimento econômico de forma satisfatória para os padrões internacionais."

[5] O artigo 59 da Constituição Federal de 1988 elenca as espécies normativas primárias, sendo elas: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Ao passo que no artigo 84, inciso IV, o texto expressamente atribui privativamente ao Presidente da República, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. No mesmo sentido, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é revogado qualquer delegação à órgão do Poder Executivo de competência normativa.

São exemplos, a lei que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL - Lei 9.427/96), a lei que institui a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL - Lei 9.472/97), a lei que institui a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA – Lei 9.782/90) e a lei que institui a Agência Nacional do Petróleo (ANP – Lei 9.478/97).

As agências reguladoras, entes descentralizados da administração indireta, visam o funcionamento equilibrado da atividade econômica, por meio dos ajustes necessários para garantir a eficácia dos serviços públicos. Diante da importância destas agências, a elas são atribuídas funções e mecanismos especiais de execução de suas tarefas. Luís Roberto Barroso enumera as atividades por elas desempenhadas:

> a)controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b) universalização dos serviços, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, acomunidade como um todo, os investidores potenciais etc. (BARROSO, 2002, p. 300-331).

Por se tratar de um ente especializado, espera-se dele a capacidade técnica no setor econômico que regula. Por esta razão, lhe é conferida uma autonomia de decisão e de gestão, inclusive financeira. Além da independência administrativa, também lhe é assegurada a autonomia política, por meio da estabilidade dos dirigentes em seus cargos e a ausência de subordinação hierárquica.

Apesar da inspiração norte-americana, a ampla burocratização e a profusão de normas e procedimentos do Poder Público brasileiro faz com que o poder regulatório se fragilize devido à carência de parâmetros objetivos claros e, por conseguinte, tenha empecilhos gerenciais concretos que o diferenciam diametralmente do modelo regulatório dos Estados Unidos.

Daychoum e Véras (2016), ao tratar sobre a disciplina legislativa nas agências reguladoras, indicam que este custo regulatório decorrente da burocratização excessiva da máquina estatal acaba por criar obstáculos à entrada de novos agentes econômicos nos diversos setores econômicos, além de dificultar a liberação de títulos habilitantes necessários à exploração das atividades econômicas e de ocasionar sobreposição de agentes fiscalizadores sobre atividades privadas[6].

[6] "A situação da qualidade regulatória do país é preocupante. A burocracia empurrou o Brasil para o 179º lugar no ranking global de 183 países. **Segundo dados veiculados pelo *IMD World Competitive YearBook* do Banco Mundial, o Brasil é um dos países com maior nível de burocracia do mundo**." (DAYCHOUM; VÉRAS, 2016, p. 21-22, grifo nosso).

As fragilidades jurídico-operacionais da Administração Regulatória nacional fazem com que os objetivos de redução da máquina estatal e da expansão e atração dos investimentos internacionais se percam nas demandas políticas partidárias e no excesso de burocratização, este último ponto, fortemente, influenciado pela base romanística e de *common law* do direito administrativo brasileiro.

6.2 Aspectos Diferenciais do Modelo Regulatório Norte-Americano

Apesar da inspiração do modelo regulatório brasileiro decorrer do modelo americano, as suas razões e o seu funcionamento, no entanto, são bem diversos. Enquanto no Brasil, as agências surgem como mecanismo de tentativa de redução da intervenção estatal na economia, de modo diametralmente inverso, nos Estados Unidos, país de forte raiz liberal, tal instituto surge com o propósito de ampliar a atuação do Estado na economia.

Outros aspectos políticos e jurídicos diversos entre o Estado brasileiro e o Estado americano que repercutem diretamente no *modos operandi* das agências reguladoras são os tipos de presidencialismo, regimes de governo e sistema eleitoral. (GRACINDO, 2019). Diferentemente do presidencialismo americano, o qual confere poucas atribuições ao Poder Executivo, no Brasil, o Presidente da República é dotado de larga competência, inclusive normativa. Observa Gabriel Rosa Gracindo que:

> A implicação do regime presidencialista americano no âmbito das agências reguladoras está no fato de que o Presidente da República não possui qualquer tipo de vinculação forte com as autoridades (seja por subordinação ou tutela), restringindo-se, na maior parte das vezes às atividades de coordenação (...). (GRACINDO, 2019, p. 234).

Nas democracias latinas, inclusive na brasileira, a figura do Presidente da República possui um poder radicalmente maior que a do Congresso Nacional, tal contexto não se repete no cenário norte-americano. Enquanto nos Estados Unidos é o Congresso que controla e influência as agências reguladoras, no Brasil é o Presidente que assume esse domínio. Neste contexto, fica evidente que "os transplantes jurídicos fazem sistemas legais distintos parecerem superficialmente similares. No entanto, abaixo da superfície muitas vezes existem diferenças consideráveis." (PRADO, 2016, p. 88).

> Os sistemas jurídicos de diferentes países parecem cada vez mais similares, em grande parte por causa do transplante de princípios legais e arranjos institucionais entre essas nações. Embora essas instituições transplantadas possam inicialmente parecer similares, consideráveis diferenças aparecem quando elas entram em funcionamento. Por definição, instituições transplantadas são instituições que

> operam dentro de um sistema político distinto. Imersas em um novo ambiente político, essas instituições nem sempre refletirão com fidelidade a imagem de suas contrapartes no país de origem. (PRADO, 2016, p.75).

Outro ponto de análise proposto por Gracindo (2019) é a diferença entre o sistema eleitoral norte-americano e brasileiro, na medida em que a composição das vagas legislativas do Congresso Nacional norte-americano diverge da composição no caso brasileiro. No primeiro caso, o sistema é majoritário, sem repartição de cadeiras com os partidos políticos, oposto do sistema proporcional adotado no Brasil. No cenário americano, espera-se uma maior homogeneidade ideológica do Congresso e, com isso, uma maior estabilidade e governabilidade presidencial.

O Estado Regulador americano nasce de modo dissociado dos poderes executivo, legislativo e judiciário, sendo uma criação decorrente das mutações econômicas. Enquanto no caso brasileiro, o Estado Regulador possui vinculação direta com o Poder Executivo. Olhar para estas semelhanças e diferenças propicia uma melhor compreensão dos entraves e fragilidades para a eficaz implantação das agências reguladoras no Brasil, na medida em que não só a burocratização, mas também a insegurança, a incerteza política e o descredito nos organismos estatais.

6.3. Corrupção: o Grande Desafio para a Eficácia e Desburocratização da Administração Pública Nacional

A promoção de um Estado Regulador no Brasil, dotado de agentes técnicos com *expertise* para a devida eficácia da ação administrativa, é nitidamente frágil diante dos resquícios do patrimonialismo, e, consequentemente, da corrupção[7].

Para compreender a confusão entre público e privado, tão presente na Administração Pública brasileira, se faz adequado rememorar a sua estruturação fundante. Pautado na colonização de exploração pela monarquia portuguesa, a nobreza assumia a dupla função de colono e governador, administrando as novas terras ocupadas, ao mesmo tempo, como

[7] Sobre o estudo da corrupção, Ritt e Ritt (2018, p. 4-5) esclarecem que: "A corrupção é abordada em estudos na esfera política, quando se analisa a sua ocorrência e seus efeitos negativos, com relação às condutas políticas, fraudes eleitorais e práticas de improbidade que acontecem nas relações políticas entre agentes públicos e privados. Ademais, é estudada quando está ligada a aspectos econômicos, analisando-se seus efeitos negativos sobre a economia de um país e também na economia mundial. É ainda examinada com relação aos aspectos sociológicos, conforme ocorre em uma determinada sociedade, como suas conceituações mudam através dos tempos, a influência da ética pública e também da privada, em atos que são definidos como corruptivos. Além disso, é abordada no aspecto criminológico, quando a corrupção está ligada a práticas de crime organizado, lavagem de dinheiro, tanto na esfera local de um país, ou mesmo envolvendo práticas ilegais que envolvem mais de um país, e até em práticas corruptivas que financiam o terrorismo.".

fazenda privada e como província, no exercício arbitrário do poder, como instrumento de troca e privilégios. (MOURA, 2018).

As normas impessoais e racionais de gestão pública ainda hoje se confundem com os propósitos pessoais dos detentores do poder estatal, como sendo um saldo histórico do período colonial. Ritt e Ritt (2018) apontam que a apropriação da máquina estatal, a manipulação econômica e a desvalorização da meritocracia são resquícios do patrimonialismo estamental, que se utiliza dos espaços de poder para transações pessoais, troca de favores, vantagens indevidas e conchavos.

Tal contexto corruptivo no Brasil precisa ser levado em conta quando da análise da legitimidade, eficiência e ética da gestão pública, com foco na regulação estatal por meio das agências reguladoras, as quais deveriam proporcionar, de modo técnico, imparcial e independente, a fiscalização e o disciplinamento adequado ao funcionamento escorreito dos respectivos setores da economia, a fim de que os serviços públicos desempenhados por agentes privados atendam de modo eficaz ao interesse público.

Apesar das leis que criam os órgãos reguladores garantirem a independência, imparcialidade e impessoalidade administrativa dos seus entes, a escolha e nomeação dos diretores e conselheiros pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, tem viés claramente pessoal de apadrinhamento político, sem a observância da formação técnica e especialização necessária[8]. O Estado regulador torna-se assim uma utopia, permanecendo a gestão burocrática sem significativas alterações.

Diante da complexidade e da mutação constante do mercado econômico, é fundamental que as agências consigam ler cenários com previsibilidade e amplitude de informações técnicas e empíricas, para só assim decidir com segurança e racionalidade. Enquanto nos Estados Unidos existe um regime dual de avaliação da qualidade regulatória, no Brasil, os impactos dos custos e dos riscos da regulação dos mercados não são previstos adequadamente. Tal ruptura no funcionamento almejado das agências é decorrência direta dos conchavos e interesses pessoais político-partidários que pautam as escolhas administrativas no cenário nacional.

[8] Projeto de Lei nº 6621/2016, originário de um Projeto de Lei do Senado Federal (PLS 52/2013), foi proposto pelo Senador Eunício Oliveira (PMDB-CE) e encontra-se, após a apreciação nas duas casas do Congresso Nacional, no aguardo da sanção pelo Presidente da República. Com o intuito de ampliar a governança e a transparência das agências reguladoras, o referido projeto propõe que a escolha dos seus membros pelo Presidente da República seja adstrita a uma lista tríplice formada por candidatos com currículos técnicos e ampla *expertise* no setor econômico que se pretende regular, por meio de chamamento público. Com este novo regramento, espera-se que os apadrinhamentos e escolhas pessoais não mais pautem o funcionamento precário das agências reguladoras brasileiras.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a refletir sobre o alargamento das funções normativas da Administração Pública, com ênfase nas atribuições das agências reguladoras brasileiras e na sua capacidade eficacial desburocratizante. Pensar no atual Estado de risco requer uma problematização da teoria positivista, fortemente calcada no silogismo jurídico e na estabilidade, segurança e previsibilidade dos conflitos internos e externos ao direito. A insegurança como elemento crucial desta nova modernidade demanda uma legislação mais vaga e informadora de princípios e objetivos gerais.

Neste contexto de limiar indeterminação e, porque não dizer intersecção, das atribuições dos poderes executivo, legislativo e judiciário, analisar o modelo brasileiro de estruturação das agências reguladoras mostrou-se valioso para este trabalho, diante da diferenciada autonomia administrativa, fiscalizatória, financeira e, principalmente, regulatória vivenciada, pelo menos em tese, por estas autarquias de regime especial.

Destacou-se aqui que os atos normativos destas agências independentes, no âmbito do Poder Executivo, não são atos de delegação legislativa e por isso não são atos legislativos, apesar de sua capacidade criativa de normas. Neste sentido, não qualquer ilegalidade ou extrapolação de funções pelas agências reguladoras, o que de fato há é a busca por adequar o poder estatal às novas urgências desburocratizantes do Estado de Risco.

Por meio de leis específicas para cada setor econômico, as agências independentes são criadas pelo poder legislativo com o objetivo de corrigir as falhas de mercado e de competição para a provisão adequada dos serviços públicos pelas entidades privadas que atuam em cada segmento. Apesar do modelo adotado pelo Brasil ter inspiração direta do sistema *common low* norte-americano, a aplicabilidade, eficácia e desburocratização das agências nacionais encontram sérios obstáculos.

O mero transplante de institutos entre diferentes nações não é capaz de modificar tão facilmente os déficits éticos históricos e estruturais que as diferenciam. A origem estatal patrimonialista e, consequentemente, corruptiva brasileira, impedem a atuação adequada e eficaz das agências reguladoras, que deixam de ser independentes para atender interesses de um sistema político fragilizado, desde a perspectiva de seu modelo institucional bem como no contexto operacional de seus atores e agentes.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY. Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BECK, Ulrich. **Risck Society**: Towards a New Modernity. Tradução de Mark Ritter. Londres: Sage Publications, 1992.

_____. **O que é globalização?** Equívocos globalismo e respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle de legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAYCHOUM, Mariam; VÉRAS, Rafael. Cap. 2. Do processo normativo. In: **Processo Administrativo nas agências reguladoras**: uma proposta de disciplina legislativa. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FRANÇA, Phillip Gil. Discricionariedade Administrativa: Alguns elementos e um possível controle judicial. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 113-121, jan./jun. 2017. ISSN 2595-5667. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/109>. Acesso em: 10 maio 2019.

GRACINDO, Gabriel Rosa. As agências reguladoras brasileiras e seus problemas jurídicos: uma análise dos transplantes e desenhos institucionais sob o aspecto do direito e desenvolvimento. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 225-245, fev. 2019. ISSN 2319-0558. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/150020>. Acesso em 15 maio 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JAMBEIRO, Othon. Gestão e tratamento da informação na sociedade tecnológica. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 12, n. 4, p.3-10, out./dez.1998. ISSN: 1806-9452. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v12n04/v12n04_01.pdf>. Acesso em 17 maio 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça

possível. 2009. 266 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza-UNIFOR, Fortaleza, 2009.

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado Regulador. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8898>. Acesso em: 03 jun. 2019.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. O Estado Constitucional e o Paradigma Social do Risco. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 8, n. 14, p. 194-219, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/estadoAlceu.pdf>. Acesso em 17 maio 2019.

_____. Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da no estado constitucional de direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 274, p. 133-173, jan./abr. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68745>. Acesso em: 20 maio 2019.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Entre a corrupção e a ineficiência: a implementação do Estado Gerencial brasileiro como um dos mitos do direito administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 153-166, jan/jul 2018. ISSN 2595-5667. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/150/93>. Acesso em 01 jun. 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Mariana Mota. Uma perspectiva comparada da teoria do domínio presidencial: a relação entre o Poder Executivo e as agências reguladoras no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v 3, n 2, p. 73-92, jul. 2016. Disponível em: < http://www.reedpesquisa.org/revista/index.php/reed/article/view/126/112>. Acesso em: 04 maio 2019.

RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. A corrupção na Administração Pública brasileira como consequência do modelo de gestão patrimonialista por ela adotado e a necessidade de haver códigos de ética pública. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 1-20, jul./dez. 2018. ISSN 2526-0073. Disponível em: < https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/4703/pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

SORESEN, Mads P.; CHRISTIANSEN, Allan. **Ulrich Beck**: An introducion to the theory of secund modernity and the risk society. Routledge Advances in Sociology: New York, 2013.