

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE  
JUSTIÇA

**DAVID ABDALLA PIRES LEAL**

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A  
PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NO PROCEDIMENTO DE  
PRODUÇÃO NORMATIVA DA RESOLUÇÃO 414/2010 DA AGÊNCIA  
NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL**

São Luís  
2017

**DAVID ABDALLA PIRES LEAL**

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A  
PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NO PROCEDIMENTO DE  
PRODUÇÃO NORMATIVA DA RESOLUÇÃO 414/2010 DA AGÊNCIA  
NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL**

Dissertação apresentada ao Curso de  
Mestrado em Direito da Universidade  
Federal do Maranhão para obtenção do  
título de Mestre em Direito e  
Instituições do Sistema de Justiça.

São Luís  
2017

Dedico este trabalho a Deus, à Gabriela e, especialmente, ao Bernardo e à Laura, meus filhos amados.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela luz, amor e fidelidade. Agradeço aos meus filhos Bernardo e Laura, pois sem o meu imenso amor por eles nada disto teria sido possível.

Agradeço especialmente à minha mulher Gabriela, pelo apoio e incentivo constantes. Sem você eu não teria tido a força necessária para a conclusão desta jornada.

Também lanço agradecimentos à minha mãe Hafiza, pela paciência com as minhas ausências do convívio familiar durante este intenso período de dedicação aos estudos.

À minha sogra, Professora Doutora Andreia, pelas orientações acadêmicas sempre relevantes.

À minha orientadora, a Professora Doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho, pela paciência e confiança.

*"A democracia é a pior forma de governo, exceto todas as outras que têm sido tentadas de tempos em tempos."*

Winston Churchill

## RESUMO

O exercício das competências estabelecidas na Constituição brasileira pelas Agências Reguladoras brasileiras, especialmente em face da concentração de funções que possam ser enquadradas como típicas por outros poderes da República, num só órgão, têm gerado questionamentos, especialmente em se tratando da competência normativa. O presente trabalho tem por objetivo analisar se o procedimento de produção da Resolução Normativa nº 414/2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica, pode ser considerado como indutor de legitimidade à luz da Teoria da Legitimação pelo Procedimento de Niklas Luhmann (1980). Observou-se que o procedimento adotado pela ANEEL na aprovação da Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010, foi suficientemente aberto aos fluxos de contribuições dos mais diversos grupos de interessados, moldando o produto final do procedimento normativo e, assim, contribuindo para a redução dos questionamentos acerca deste produto, sendo possível concluir que o procedimento adotado pode ser considerado como indutor de legitimidade, na forma da Teoria da Legitimação pelo Procedimento. Assim, restou evidenciado que outros mecanismos de legitimação são necessários além dos relacionados à função exercida pelas agências, como os utilizados no bojo deste procedimento administrativo, que permitiram o estabelecimento de uma comunicação eficaz entre o Estado Regulador e os interessados das mais diversas categorias, mediante a apresentação de contribuições por estes e de respostas justificadas pela Agência, que permitiram o enquadramento do procedimento às bases da teoria em referência, uma vez que ao procedimento a aptidão necessária para a realização de transformações estruturais nas expectativas dos envolvidos, reduzindo a possibilidade de não aceitação da decisão estatal encartada na resolução em referência.

**Palavras-chave:** Agência Reguladora. Poder Normativo. Legitimidade. Legitimação.

## ABSTRACT

The exercise of the competences established in the Brazilian Constitution by the Brazilian Regulatory Agencies, especially in view of the concentration of functions that can be classified as typical by other powers of the Republic, in a single organ, have generated questions, especially when dealing with normative competence. The present work has the objective of analyzing whether the production procedure of Normative Resolution No. 414/2010, of the National Electric Energy Agency, can be considered as an inducer of legitimacy in light of the Theory of Legitimation by the Niklas Luhmann Procedure (1980). It was observed that the procedure adopted by ANEEL in the approval of Normative Resolution 414 of September 9, 2010 was sufficiently open to the flows of contributions of the most diverse groups of stakeholders, shaping the final product of the normative procedure and, thus, contributing To reduce the questions about this product, and it can be concluded that the procedure adopted can be considered as inducing legitimacy, in the form of the Theory of Legitimation by Procedure. Thus, it is clear that other mechanisms of legitimization are necessary in addition to those related to the function carried out by the agencies, such as those used in the context of this administrative procedure, which have allowed the establishment of an effective communication between the Regulatory State and the stakeholders of the most diverse categories, through The submission of contributions by the latter and of answers justified by the Agency, which allowed the procedure to be framed to the bases of the theory in question, since the procedure required the aptitude necessary to carry out structural changes in the expectations of those involved, reducing the possibility of not Acceptance of the state decision included in the resolution.

**Keywords:** Regulatory agency. Normative Power. Legitimacy. Legitimation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA</b> .....	11
1.1 Percurso histórico brasileiro.....	11
1.2 Modelo constitucional econômico na Constituição de 1988 e a atividade regulatória.....	20
1.3 Plano de desestatização da década de 1990 – reforma burocrática em busca de eficiência.....	24
1.4 A lei geral de concessões e permissões de serviços e obras públicas e a lei criadora da ANEEL.....	29
1.5 As competências das agências reguladoras de serviços públicos no Brasil.....	36
<b>2 A LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS</b> .....	42
2.1 Origem e natureza da função normativa das agências reguladoras no Brasil.....	43
2.2 Conceito de legitimidade.....	52
2.3 Legitimidade x Legitimação.....	58
2.4 A legitimação pela função.....	61
2.5 Necessidade de acoplamento de outros mecanismos de legitimação.....	64
2.6 Procedimento normativo e mecanismos de participação dos administrados.....	72
2.7 Legitimação pelo procedimento.....	78
<b>3 O PROCEDIMENTO NORMATIVO ADOTADO PARA A APROVAÇÃO DA RES. 414/2010-ANEEL (REGULAMENTAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE O CONCESSIONÁRIO E O CONSUMIDOR)</b> .....	84
3.1 Mecanismos de participação disponibilizados aos interessados.....	87
3.2 Instrumentos de informação e convocação para participação nos procedimento normativo.....	89
3.4 As respostas da agência.....	92
3.5 A posição do colegiado da ANEEL.....	94
3.6 Aplicabilidade da Legitimação pelo Procedimento.....	96
3.7 O procedimento adotado pode ser considerado como indutor de legitimidade?.....	99
<b>CONCLUSÃO</b> .....	103
REFERÊNCIAS.....	105
ANEXOS.....	113

## INTRODUÇÃO

A criação e a atuação das agências reguladoras no Brasil e no mundo continuam sendo objeto de diversos questionamentos. Entretanto, as questões enfrentadas pelo modelo de atuação dos estados na economia não foram suficientes, até o momento, para afastar a instituição destes órgãos em diversos países, ainda que por meio de diferentes arranjos jurídicos, destacadamente nos países ocidentais.

Este trabalho, inicialmente, apresentará o percurso histórico da regulação estatal no Brasil, com pontuações sobre a origem da atuação estatal nos segmentos econômicos e, especificamente, no de serviços públicos. Para tanto, discorrer-se-á sobre alguns eventos históricos que influenciaram diretamente as matizes políticas mundiais de forma a incliná-las a uma maior ou menor interferência na esfera econômica.

Os movimentos observados no âmbito internacional influenciaram, cada uma ao seu tempo e modo, a forma com que o Estado brasileiro veio a interferir no segmento econômico, especialmente a partir da Constituição Federal de 1934, que rompeu com a tradição liberal econômica pura observada nos textos constitucionais anteriores. (BRASIL, 1934).

A expansão da atuação direta do Estado brasileiro na economia foi observada constante e gradativamente desde o mencionado texto constitucional, até o final da década de 1980 e o começo da década de 1990, quando é possível identificar uma diretriz política que mudou o paradigma do estado intervencionista desenvolvimentista para um estado regulador, consubstanciada juridicamente por meio de uma série de reformas constitucionais que, conseqüentemente, possibilitaram a edição de vários dispositivos legais tendentes aumentar a quantidade e a influência dos organismos reguladores sobre diversos segmentos econômicos e serviços públicos.

O aprofundamento da experiência democrática brasileira no decorrer das décadas acima indicadas e, ao que se percebe ainda hoje, implica também na constante rediscussão do modelo regulatório brasileiro, uma vez que este deve compor os interesses entre os diversos envolvidos na atividade regulada, sendo eles o Estado, os agentes econômicos e os demais interessados, de forma que os interesses do Estado não mais devem ser absolutos em relação aos dos demais grupos envolvidos.

O crescimento constante da demanda por serviços públicos força a atividade

regulatória a exigir cada vez mais eficiência dos agentes econômicos, ao mesmo tempo em que implica na necessidade de tomada de decisões pelo órgão regulador que sejam reconhecidas como legítimas por todos os envolvidos no processo regulatório.

Em função disto, observar o procedimento de produção normativa das agências reguladoras, sob a ótica da permeabilidade aos fluxos das demandas provenientes de todos os interessados na atividade regulada, se releva em instrumento importante para possibilitar o incremento da pacificação do ambiente de discussão sobre a atuação destes órgãos, especialmente em função dos questionamentos acerca da forma de investidura do seu corpo diretor e da independência detida por estas autarquias em relação ao poder político, que é eleito democraticamente.

Nesse viés, analisar-se-á, à luz da Teoria da Legitimação pelo Procedimento de Luhmann (1980), o procedimento de produção normativa empreendido pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL na aprovação da Resolução Normativa nº 414, de 09 de setembro de 2010, que trata das condições gerais do fornecimento de energia elétrica, norma esta que impacta diretamente as relações de consumo de milhões de brasileiros e se refere a um setor estratégico da economia que passou por um processo de privatização no final da década de 1990 e no início da década de 2000. (BRASIL, 2010).

Este procedimento está encartado no processo administrativo nº 48500.002402/2007-19 (BRASIL, 2007), de modo que a coleta de dados e a análise documental se deram sobre o conteúdo deste processo, de forma circunscrita à parcela que formou o texto original da norma em referência, especialmente no que se refere aos editais, atas de audiências públicas, relatórios de consultas públicas e notas técnicas.

Dada a amplitude da aplicação da norma em questão - em todo o território nacional e para a quase totalidade de brasileiros e estrangeiros aqui residentes – serão observados, dentre outros pontos: a) os mecanismos de participação na produção desta norma colocados à disposição dos interessados, b) a forma como a possibilidade de participação foi comunicada aos interessados, c) como e com que intensidade esta participação se deu e d) as respostas apresentadas pela mencionada agência aos interessados, com a finalidade de identificar se estes instrumentos de participação podem ser considerados como indutores de legitimação à luz da teoria acima indicada, a partir da perspectiva da aptidão para a transformação das expectativas daqueles que se submeterão à decisão administrativa.

Também será realizada uma revisão bibliográfica científica relacionada ao poder

normativo das agências reguladoras e sua legitimidade para edição de normativos, tanto sob a perspectiva interna, como externa, esta relacionada à utilização de instrumentos de interação com os interessados, não circunscrita aos mecanismos de legitimação pela função mais comumente adotados para a abordagem desta questão.

## CAPÍTULO 1 – A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

### 1.1 Percurso histórico brasileiro

A atuação estatal na esfera econômica<sup>1</sup> sob a perspectiva ampla, com o fito de estabelecer diretrizes e fiscalizar o exercício da política econômica, bem como através da ação específica e direta no mercado por meio da prestação de serviços públicos - esta com o objetivo de servir utilidades aos seus habitantes (particulares) – ou para a exploração de atividades econômicas<sup>2</sup>, são fenômenos há muito estudados e cuja verificação remonta a antiguidade, uma vez que já era possível constatar, por exemplo, a prestação de serviços públicos na antiga Mesopotâmia, Egito e também na história antiga do povo hebreu. (VALETE apud DAL POZZO, 2012).

Passados alguns séculos na história, ainda no século XIII, sob os estudos de São Tomás de Aquino, incorporou-se a noção de justiça à simples finalidade de prestação do serviço público para a concessão de utilidades.

Depois disso, com a alocação da “liberdade como fundamento para a organização do Estado” decorrente dos “ideais que lastrearam a Revolução Gloriosa na Inglaterra, o iluminismo e o movimento enciclopedista na França” com a introdução da racionalidade como instrumento principal do processo decisório, inicia-se a formulação das bases necessárias à conformação de Estado de Direito, com inspiração nos ideais revolucionários franceses, impondo-se, a partir daí, limitações mais claras ao poder estatal e maior

---

<sup>1</sup> Para Carvalho (2007, p. 13): “Nunca deixou de haver atuação estatal na economia, precipuamente por meio de medidas legislativas e do exercício do poder de polícia, visando assegurar a livre manifestação das atividades privadas e para preservar a ordem pública. Mesmo para Adam Smith, prestar determinados serviços públicos era uma específica atribuição do Estado. Em sentido lato, significava desempenhar atividades econômicas.”.

<sup>2</sup> “O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre *serviços públicos*, especialmente os de conteúdo econômico e social, e *atividades econômicas*, distinção que tem fundamento na própria Constituição, respectivamente art. 21, XI e XII, e arts. 173 e 174. A *atividade econômica*, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada. É claro que, consoante já vimos, numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a *liberdade de iniciativa econômica privada* não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público”. É, sim, um direito fundamental, enquanto exercido no interesse da realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional. O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. (...) Cumpre observar que a exploração dos serviços públicos, conforme indicado acima, por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles. Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, ou subsidiariedade, em relação à prestação de serviços públicos por entidades estatais ou por seus delegados. (SILVA, 2013, p. 808)

reconhecimento a direitos individuais aos seus habitantes. (NUSDEO, 2015, p. 103)

No fim do século XVIII, portanto, diversos acontecimentos ocorreram simultaneamente nos âmbitos da política, da tecnologia, do direito e da economia<sup>3</sup>, culminando com a necessidade de remodelação da forma de atuação do aparato estatal sobre o âmbito econômico, considerando-se estes como lastro para a sedimentação das bases para o desenvolvimento do liberalismo político e econômico.

A história contemporânea da atuação do Estado sobre o domínio econômico, seja por meio de instrumentos de política econômica ou da atuação na economia através da exploração direta ou indireta de atividades econômicas, como a prestação de serviços públicos, é permeada por movimentos em que se observa atos de proeminência ou de retração, para garantir a livre iniciativa ou a difícil busca pela igualdade jurídica e material.

Esse movimento pendular de variação entre os extremos do liberalismo e do coletivismo se conforma de acordo com a posição ideológica adotada pelos detentores do controle político em cada época e em cada Estado, especificamente, uma vez que a diretriz política opera efeitos sobre o ordenamento jurídico que dará contornos legais ao desempenho de atividades econômicas no âmbito do setor público e privado. Portanto, o fundamento da decisão sobre o posicionamento adotado dentro de um espectro de atuações relacionadas à esfera econômica não se lastreia em bases científicas, mas políticas, conforme destaca Nusdeo (2015, p. 168):

A mais superficial observação histórica nos revelará que tal fronteira é por natureza movediça, dependendo não de recomendações científicas ou particulares visões do que seria a ordem natural das coisas, mas de decisões políticas tomadas pelas diversas sociedades ao longo de sua trajetória histórica.

Relatando a formatação dos sistemas jurídicos e econômicos no último século, Nusdeo (2015, p. 163) aduz que a atuação do Estado na esfera econômica através das limitações ao mercado e da colocação de objetivos de política econômica demandaram a colocação de “um segundo centro decisório a atuar ao lado do mercado, descaracterizando-se como modelos típicos de autonomia, longe, porém, do outro extremo, o da centralização pela

---

<sup>3</sup> Nusdeo (2015, p. 104) destaca que os seguintes acontecimentos ocorreram todos no ano de 1776: a) no âmbito político: a independência americana, que permitiu a fundação da primeira nação lastreada nos princípios da liberdade; b) no âmbito econômico: o surgimento do livro “A Riqueza das Nações” de Adam Smith, que “construiu uma ponte entre o liberalismo político e o econômico ao demonstrar a viabilidade do sistema de mercado e de autonomia”; c) no âmbito do direito: a edição do *Decret d’Allarde* que extinguiu as corporações de ofício e possibilitou a todo cidadão o exercício da profissão que desejasse; e d) no âmbito da tecnologia: a aplicação, por Robert Fulton, do princípio da máquina a vapor, descoberto por Watt, à movimentação de teares o que de deflagrou a denominada Revolução Industrial.

autoridade política”. Portanto, passou-se a admitir sistemas econômicos mistos ou duais nos quais a discussão se dá, não mais em torno da interferência ou não do Estado na economia, mas acerca da sua intensidade (quanto) e dos seguimentos econômicos nos quais esta interferência deveria se dar (onde).

As duas primeiras constituições brasileiras, de 1824 e de 1891, adotaram o paradigma liberal observado também em outras codificações editadas a partir do encerrar do século XVIII, chamadas constituições garantia, na medida em que não contiveram em seu bojo normas constitucionais econômicas, fato que, nos dizeres de Nusdeo<sup>4</sup> não significa uma posição de neutralidade em relação aos paradigmas econômicos, tendo em vista que mesmo o silêncio constitucional sobre a matéria implica na eleição de uma posição definida em relação ao paradigma econômico.

Souza (2002, p. 102) destaca que o tratamento constitucional dispensado à economia por cada texto magno deve ser dado de acordo:

Com a realidade socioeconômica e política predominante à época de elaboração de cada uma delas, possibilitando analisar o seu comportamento projetado na análise da Carta seguinte e na configuração dos princípios ideológicos materializados nos respectivos textos.

Neste sentido, sobre a ausência de tratamento constitucional nos textos de 1824 e 1891, Souza (2002, p. 102) explica:

A ausência que estamos considerando como “Constituição Econômica” nas Cartas liberais de 1824 e 1891 justifica-se pelas mesmas razões de comportamento semelhante nas Constituições dos demais países, até a carta de Weimar, de 1919. No caso brasileiro, não somente as transformações ideológicas, com a implantação do neoliberalismo, como também as metamorfoses econômicas que se foram intensificando e o efeito externo de modelos políticos diversos tiveram repercussões sensíveis que a observação revela de modo incontestável.

Rompendo com o paradigma liberal das cartas anteriores, a Constituição de 1934, editada por um governo provisório e com características de arbitrariedade, absorveu as mudanças decorrentes das crises vivenciadas após 1929<sup>5</sup> e no pós-guerra<sup>6</sup> e que culminaram

<sup>4</sup> Assim, pode-se concluir que a presença ou ausência de previsão para a atividade estatal no campo econômico e/ou social correspondem a duas posições bem definidas, sendo a escolha por uma delas no bojo constitucional uma opção racional e conscientemente adotada pelos vários povos em cada fase de sua trajetória histórica. (NUSDEO, 2015, p. 109).

<sup>5</sup> “Com a crise de 1929, que penalizou os mercados consumidores, o Brasil foi obrigado a reduzir a exportação de café, ficando sem divisas para manter a importação de produtos industrializados. O governo federal, entretanto, continuou comprando, embora a preços reduzidos, o excedente de café não-exportável, formando estoques que não conseguia comercializar. (...) Essa política mantinha um fluxo de renda para o setor mais dinâmico da economia, evitando o desemprego no campo e a recessão generalizada. (...) Praticava-se, assim, de

com a inclusão expressa de dispositivos constitucionais destinados a reger os sistemas econômicos e introduzindo a atuação estatal na esfera econômica.

Nesta quadra histórica, é extremamente relevante ressaltar a influência que a crise de 1929 teve para o crescimento do modelo norte-americano de agências reguladoras<sup>7</sup> independentes, pois neste momento histórico é que as características mais atuais destes órgãos foram delineadas, de forma a atender ao *New Deal* e as seus instrumentos de mitigação das falhas evidenciadas pela do modelo econômico liberal clássico, ou seja, as agências nos EUA foram fortificadas com o intuito de possibilitar a caminhada para um modelo regulador que objetivou alcançar o reequilíbrio entre os agentes econômicos, conforme destaca Naves (2004, p.125):

As agências reguladoras, com as características atuais, surgiram nos EUA na década de 1930, após o colapso da Bolsa de Nova Iorque. Na qualidade de mecanismos flexíveis de regulação, atendiam à necessidade de reequilibrar os vários setores da economia americana, sem ferir o princípio da autonomia entre os Poderes. Concebidas como órgãos independentes, foram destinadas a formular diretrizes gerais em áreas de competência restrita, implementando políticas, regulando a ação de particulares, arbitrando conflitos, garantindo a livre concorrência e estabelecendo limites para a concentração do mercado. Ligadas ao Governo Federal, respondem ao Tribunal Federal, na parte processual, e às leis federais no que diz respeito à área específica de atuação de cada agência.

Dentre as características do texto constitucional de 1934, é possível encontrar a

---

forma intuitiva, uma política keynesiana, onde o Estado exercia um papel fundamental na manutenção da demanda agregada, pela transferência de rendas para os trabalhadores-consumidores, e estimulava a substituição das importações. (...) o sucesso do *New Deal*, política de intervenção do Estado na economia americana para recuperar sua dinâmica de crescimento, levava a pensar que ela também seria possível e desejável para promover o crescimento das economias periféricas. O estado nacional poderia liderar o processo de desenvolvimento” (COSTA, 2008, p.841).

<sup>6</sup> “As preocupações econômicas ingressam de maneira explícita nos textos constitucionais com a Constituição mexicana de 1917, nesta até com bastante detalhe no tocante à regulação fundiária. No entanto, maior repercussão e impacto alcançaria a Constituição alemã promulgada em agosto de 1919 – a Constituição de Weimar – com o seu célebre capítulo sobre a Vida Econômica (*Wirtschaftsleben*) paulatinamente imitado, embora com conteúdo diverso, por outras cartas que se lhe seguiram em vários países do mundo. Registre-se, entretanto: situada entre as duas, coloca-se a Lei Fundamental soviética de 1918, com extensa matéria de natureza econômica, voltada a implantar o sistema de economia coletivista, inclusive mediante normas que expressamente aboliam a propriedade privada da terra e demais riquezas naturais” (NUSDEO, 2015, p. 163-164)

<sup>7</sup> Importante pontuar que o modelo primário norte-americano de Agências Reguladoras remonta a última metade do século XIX quando, após o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do *leading case Munn vs. Illinois* (94 US 113 – 1876), este tribunal reconheceu a possibilidade do Estado regular atividades econômicas desempenhadas por agentes privados, seguido pelo julgamento do caso *Wabash, St. Louis & Pacific Railroad Company vs. Illinois* (1886), através do qual reconheceu-se que a competência para regular o comércio interestadual não era detida pelos Estados, gerando a criação da primeira legislação relacionada a matéria e da primeira agência reguladora, como informa Figueiredo (2016, p. 193): “Assim, com a edição do *Interstate Commerce Act*, em 1887, surgiu o primeiro marco regulador de mercados, como resultado direto da jurisprudência norte-americana. O primeiro ente concebido com o fito de promover a heterorregulação em mercados privados foi a *Interstate Commerce Commission – ICC*, no ano de 1887, por meio do ato legislativo suprecitado.”

definição das “funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica” e estabelecendo “os regimes de prestação de serviços do Poder Público, como os de concessão ou permissão, autorização e pesquisa”. (SOUZA, 2002, p. 108).

Sendo esta a primeira constituição brasileira a tratar da matéria econômica de forma expressa<sup>8</sup> e, ainda, pelo fato de que os ideais nela contidos permaneceram, a grosso modo, nos textos constitucionais posteriores, merece o texto constitucional de 1934 uma atenção mais detida, especialmente no que se refere aos dispositivos instituidores da função reguladora da atividade econômica, bem como aqueles que mitigam mais evidentemente o livre mercado acolhido – ainda que não explicitamente – pelas constituições liberais de 1824 e 1891.

Antes disto, é importante observar a metodologia utilizada para a produção do texto constitucional em referência e as influências recebidas pela Assembleia Constituinte formada à custa de muita pressão exercida sobre o chefe do Poder Executivo, que culminou com a edição do Decreto n. 21.402, de 14 de maio de 1932 que, especificamente no que diz respeito à composição desta comissão, estabeleceu que seria integrada por quantos membros fossem necessários ao exercício do seu dever, “nela representadas todas as correntes organizadas de opinião e de classe”, no entanto, demonstrando o caráter autoritário próprio da ordem mundial ocidental vigente à época, “a juízo do Chefe do Governo”. (BRASIL, 1932).

Sobre a diretriz autoritária do texto constitucional em epígrafe, Souza (2002, p. 108) detecta elementos “fascistizantes e socializantes no trabalho das Comissões, os quais se incorporariam ao texto final” e constata que esses elementos derivaram de movimentos internacionais:

Apresentavam-se como o resultado da influência da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, da espanhola, de 1931, bem como das ideias em ascensão, procedentes do fascismo italiano e dos demais países que se enveredavam por esse rumo político. (SOUZA, 2002, p. 108)

Apesar da considerável influência externa de cunho nacionalista e totalitário, a metodologia de trabalho baseou-se no texto de 1891 “ao qual deveria acrescentar apenas todos os elementos da Ordem Econômica e Social”, estes sim bastante inovadores em relação aos textos magnos anteriores. (SOUZA, 2002, p. 109)

---

<sup>8</sup> No que se refere a brevidade da vigência deste texto constitucional, mas destacando a sua influência sobre os demais textos constitucionais relacionados à matéria econômica, ressalta Silva (2011, p. 451): “Embora essa Constituição tenha durado pouco mais de três anos, assim mesmo pareceu-nos importante expor sua ordem econômica e social minuciosamente, por que ela, se não foi aplicada, serviu de orientação para as Constituições subsequentes, seja para adotar seu modelo ou para criar modelo diverso.”

Formada por um título próprio, o Título IV, denominado “Da Ordem Econômica e Social”, o caráter dual<sup>9</sup> observado por Nusdeo (2015), como relatado acima neste trabalho, pode ser verificado com a introdução de diversos elementos de influência sobre o mercado, caracterizando a inclusão de um novo centro de decisão afastado da racionalidade procedimental econômica tradicional até aquele momento, nele incluídos o fomento, a regulação e, como mais amplamente difundida, regras de regulação do mercado de trabalho:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

(...)

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços. (BRASIL, 1934)

O texto também assegurou a possibilidade de delegação<sup>10</sup> da exploração de serviços públicos e de recursos naturais a particulares, fato que demandou, de acordo com a matriz ideológica adotada pelo texto, uma atividade regulatória mais intensa do Estado.

Neste particular, Barroso (2004) destaca que a função reguladora era

<sup>9</sup> Acerca desta dualidade, Pereira (2009, p. 32) aduz que ela se dá, inclusive, na forma mais moderna de Estado e da relação deste com o mercado, evidenciando a criação deste novo centro decisório sobre questões econômicas ou a ela relacionadas: “O processo histórico é o produto de contínua interação entre os dois principais mecanismos institucionais que coordenam os modernos Estados-nação – o Estado e o mercado -, de tal forma que todas as economias avançadas são essencialmente economistas mistas: elas não são puras economias de mercado, e muito menos regimes estatais. O Estado, enquanto conjunto de instituições, estabelece as condições legais sob as quais operam os mercados; enquanto aparelho dotado de poderes especiais, ele reforma as instituições, aplica a lei e, por meio de transferências econômicas, compensa ou modera os desequilíbrios sociais e econômicos inerentes aos mercados”.

<sup>10</sup> Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

Art 136 - As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão: a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros; b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais. (BRASIL, 1934).

desempenhada desde a década de 1930<sup>11</sup>, ainda que de forma discreta em decorrência da subordinação destas agências ao chefe do poder executivo, ou seja, sem a autonomia que é característica elementar de uma atividade reguladora eficiente e adequada, complementando no seguinte sentido:

No Brasil, o art. 174 da Constituição de 1988 já previra a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado. Nada obstante, muito antes, entre as décadas de 30 e 70 do século passado, surgiram alguns órgãos estatais com funções reguladoras, como por exemplo, o Conselho Nacional de Telecomunicações-CONTEL e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE. Estes órgãos resistiram ao longo do tempo, mas viram frustrada sua efetiva atuação reguladora porque, à exceção do CADE, nasceram subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo, fosse à Presidência da República, ou mesmo a algum Ministério. (BARROSO, 2004, p. 95)

O Texto Constitucional de 1937<sup>12</sup> seguiu, em linhas gerais, as mesmas diretrizes do anterior, inclusive no que se refere ao regime das empresas concessionárias de serviços públicos. No entanto, um ponto merece destaque. Foi o firmamento de alguns princípios que influenciariam as constituições posteriores em matéria econômica, quais sejam, “a prevalência da iniciativa privada individual, princípio da subsidiariedade no regime de intervenção do Estado no domínio econômico” (SILVA, 2011, p. 452).

A Constituição de 1946 seguiu as linhas mestras das Leis Fundamentais de 1934 e 1937, mantendo as disciplinas das concessionárias de serviços públicos e o princípio de que a ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça social mas, no entanto, acrescentou a necessidade de conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, de forma que as Cartas Políticas de 1937 e 1946, apesar de preverem o caráter subsidiário da atuação direta do Estado na economia, permitiram que o Estado continuasse adotando medidas estatizantes e nacionalistas. (SILVA, 2011).

No entanto, segundo Costa (2008), o regime de delegação de serviços públicos permaneceu inalterado, inclusive em relação aos particulares, fato que implicou na criação de mecanismos burocráticos indispensáveis: a) à manutenção do desiderato desenvolvimentista,

<sup>1111</sup> “Como resposta a transformações econômicas e sociais de largo alcance, esse esforço se desenvolveu de forma assistemática, pelo surgimento de agências governamentais que pretendia fossem ilhas de excelência com efeitos multiplicadores sobre as demais.” (COSTA, 2008, p. 841)

<sup>12</sup> “As velhas estruturas do Estado oligárquico, corroídas pelos vícios do patrimonialismo, já não se prestavam às novas formas de intervenção no domínio econômico, na vida social e no espaço político remanescente. (...) Assim, sob o impulso da superação do esquema clientelista e anárquico de administração oligárquica, o governo de Getúlio Vargas iniciou uma série de mudanças que tinham pelo menos duas vertentes principais Lima Junior, (1998): estabelecer mecanismos de controle da crise econômica, resultante dos efeitos da Grande Depressão, iniciada em 1929, e subsidiariamente promover uma alavancagem industrial; promover a racionalização burocrática do serviço público, por meio da padronização, normatização e implantação de mecanismos de controle, notadamente nas áreas de pessoal, material e finanças” (COSTA, 2008, p. 844).

b) ao controle estatal sobre a economia e c) à atuação direta na exploração de atividades econômicas.

De acordo com Lima Júnior (1998, p. 8):

A partir de 1937, [o Governo] promoveu uma série de transformações no aparelho do Estado, tanto na morfologia, quanto na dinâmica de funcionamento. Nesse período foram criados inúmeros organismos especializados e empresas estatais. 'Até 1939, haviam sido criadas 35 agências estatais; entre 1940 e 1945 surgiram 21 agências, englobando empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações'

Esta política importou, então, no crescimento progressivo da interferência estatal na atividade econômica, além de ter aumentado a atuação direta do Estado por meio da exploração de diversas atividades lucrativas tendo como consequência o início do inchamento do Estado brasileiro. Como dito por Barroso (2004, p. 88):

O inchamento do Estado brasileiro é um processo contínuo, de muitas décadas. A atuação econômica do Estado, no Brasil, começa no século passado, na década de 40, sob inspiração da substituição das importações. Com uma iniciativa privada frágil, a economia era impulsionada substancialmente pelo Estado. Esta década assistiu à criação das primeiras grandes empresas estatais, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco. (...) A década de 50 viveu a discussão ideológica acerca do papel do Estado. (...) apenas duas empresas estatais de porte foram constituídas: o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico – BNDE, e a Petróleo Brasileiro S/A-Petrobrás, que foi criada simbolicamente, após uma mobilização popular. (...) o agigantamento do Estado brasileiro se deu a partir da década de 60, sobretudo após o movimento militar de 1964, e ao longo de toda a década de 70, quando foram criadas, então mais de 300 empresas estatais, dentre as quais destacam-se a Eletrobrás, a Siderbrás em meio a outras.

A Constituição de 1967/1969 conferiu à ordem econômica uma feição mais liberal do que a de 1934, posto que foi baseada nos princípios encartados no Estatuto Supremo de 1937, já explicitados acima. A liberdade de iniciativa era o princípio prioritário (arts. 157 e 163 do texto de 1967 e arts. 160 e 170 da CF/69). Entretanto, a interferência na ordem econômica restou permitida pelo disposto no art. 157, §8º, do texto de 67:

São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1967)

Desta forma, o crescimento do aparelho estatal no Brasil atingiu níveis insustentáveis ainda na década de 1970<sup>13</sup>, com o auge do Estado desenvolvimentista-

<sup>13</sup> Neste mesmo período histórico foi possível observar, nas economias capitalistas centrais no mundo, a perda de fôlego do denominado *Welfare State*, que se desenvolvia desde o pós-guerra, ampliando constantemente os direitos sociais e que, no entanto, levou os Estados contemporâneos a uma profunda crise fiscal, colocando o

intervencionista. No Brasil, neste período, a crise fiscal do Estado não derivou preponderantemente do denominado modelo de Bem-Estar Social, como ocorreu nos países centrais, mesmo porque, a rigor, este modelo não foi profundamente aplicado por aqui<sup>14</sup>.

No entanto, por um motivo ou por outro, o crescimento do Estado brasileiro implicou em profunda crise fiscal, como se observa através da colação do seguinte pensamento de Pereira (2009, p. 34):

No entanto, o crescimento do Estado envolveu necessariamente distorções, que, nos anos 1970, levaram à crise fiscal e, mais amplamente, a uma crise do Estado. Essa crise e a aceleração da globalização abriram caminho para a privatização e a desregulação do mercado, que, no entanto, logo atingiram seus próprios limites.

Do cenário que se impunha, decorrente de um largo espectro de atuação estatal e de consequentes questionamentos sobre a viabilidade econômico-financeira deste modelo, passou-se, então, a verificar a adoção de uma política de mitigação na matriz ideológica do Estado Social no mundo (CARVALHO, 2007, p. 22).

Também enfrentando profunda crise fiscal decorrente do modelo desenvolvimentista-intervencionista lastreado na obtenção de financiamentos externos substanciais, a realidade brasileira impôs a adoção de uma postura reformista, conforme Barroso (2004, p. 89):

O estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, pesado, ineficiente, com bolsões endêmicos de pobreza e de corrupção. A questão que se vive hoje da desconstrução do Estado Econômico brasileiro, por ruim que possa ser, não é uma opção ideológica, é uma inevitabilidade histórica.

Foi neste ambiente social e econômico de reavaliação da atuação estatal na esfera econômica, englobando as políticas públicas e a exploração econômica, em que se promulgou a Constituição brasileira de 1988 e no qual as políticas estatais para a economia se desenvolveram nas décadas seguintes, notadamente até o início da primeira década do século XXI, como será tratado adiante.

---

tema “reforma do Estado” no centro da necessária discussão sobre os rumos até então tomados para a melhoria da qualidade de vida.

<sup>14</sup> Sobre o tema, destaca Soares (2001, p. 344) que, a partir da crise observada, diversos questionamentos passaram a ser endereçados ao Estado de Bem-Estar, o que também ocorreu no Brasil, apesar da utilização deste modelo ter sido bastante em nosso País: “Tal como nos países centrais, a partir de uma profunda e prolongada crise econômica passa-se a questionar o Estado de Bem-Estar Social (bastante incipiente no nosso caso), sobretudo no que diz respeito à presença do Estado como instância corretiva na distribuição da renda, através do sistema de transferências que opera com o financiamento e o gasto social. Monta-se uma catilinária contra o Estado, atacando sua ineficiência e apregoando a inutilidade do pagamento de impostos. Todo esse discurso ideológico encontra uma base real de sustentação.”

## 1.2 Modelo constitucional econômico na Constituição de 1988 e a atividade regulatória

Ao proceder uma avaliação da Constituição brasileira de 1988, em especial do seu título VII, intitulado de “Da Ordem Econômica e Financeira”, faz-se necessário compreender a finalidade do constituinte em estabelecer diferenciações entre os fundamentos da ordem constitucional econômica, sendo imperioso reconhecer aqui que a ordem econômica constitucional não é um capítulo independente e autônomo do Texto Magno, mas sim uma parcela deste e que com as suas diretrizes maiores deve coadunar com os princípios encarregados de direcionar a atuação do Estado nesta seara.

Como já abordado acima, é sabido que a opção pela formalização<sup>15</sup> de dispositivos constitucionais que tratem da matéria econômica surgiu originariamente a partir das Cartas do México e de Weimar, editadas no entre guerras, e a difusão deste tratamento em diversas constituições pelo mundo pôde se dar após o reconhecimento pelas Nações Unidas dos direitos “econômicos”, ao lado dos “civis” e “políticos”, como Direitos Humanos, fato que impôs uma diretriz de acréscimo dos direitos “sociais” e “culturais” às cartas constitucionais editadas a partir do século XX (SOUZA, 2002, p. 454).

Assim, partindo-se de um modelo puramente liberal que se mostrou criador de profundas desigualdades sociais, até um Estado de Bem-Estar Social, donde se levanta um poder-dever estatal na promoção de distribuição de riquezas e oportunidades iguais, mas que se mostrou insustentável sob o âmbito fiscal por diversas vezes, é que se encontra ideologicamente estabelecida a Constituição brasileira de 1988, quando elege as finalidades republicanas em seu art. 3º, trazendo ao centro da atuação estatal a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a redução das desigualdades regionais; e a promoção do bem comum.

O texto constitucional brasileiro de 1988, portanto, não divergiu dessa diretriz observada internacionalmente, mesmo porque a sua redação se deu num contexto de polarização do discurso político-ideológico prévio à queda do muro de Berlim e que, portanto, contribuiu para a produção de um texto calcado numa ideologia política estabelecida entre o

---

<sup>15</sup> Pode-se considerar a Constituição econômica formal como a parcela da Constituição que abriga e interpreta o sistema econômico (material), ou seja, que confere forma ao sistema econômico (no caso brasileiro, em sua essência, capitalista). A Constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que são inerentes aos exercício da atividade econômica no país. (TAVARES, 2011, p. 77)

Estado Liberal e o Estado Intervencionista, baseada pela eleição de um paradigma de produção capitalista, mas mitigado por disposições que impunham obrigações ativas, e não meramente negativas, ao Estado.

Para Silva (2011, p. 457):

Aí especialmente temos os elementos *socioideológicos* como conjuntos de normas que revelam o caráter de **compromisso constitucional entre o Estado Liberal e o Estado Intervencionista, não entre aquele e o Estado Socialista, já que a base do Estado assenta no Capitalismo**. O Estado Liberal firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração individualista de direitos do homem, como *estatuto negativo*, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder, enquanto **o Estado Intervencionista – o Welfare State ou Estado-Providência – busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do Liberalismo** (grifo nosso)

Logo, o atual texto constitucional brasileiro fundamentado ideologicamente no capitalismo, instituiu mecanismos de mitigação dessa matriz através de conceitos como função social da propriedade e do combate ao abuso do poder econômico, além de estar fundamentada na valorização do trabalho humano e na justiça social, fatos que reiteram os elementos necessários à conclusão de que se trata de um texto de caráter simbiótico, composto ou plural cujos elementos que a compõem, entretanto, harmonizam-se no objetivo fundamental (SOUZA, 2002, p. 460).

Assim, a ordem constitucional econômica vigente no Brasil está fundamentada<sup>16</sup>, de acordo com o seu art. 170, na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, e detém os objetivos de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, objetivos estes que devem ser alcançados por intermédio da observância dos princípios<sup>17</sup> constantes nos incisos do mencionado artigo, sempre lembrando que se trata de um capítulo apenas, ou seja, a sua interpretação e aplicação há que se dar de forma consentânea com o disposto na integralidade da Constituição. (BRASIL, 1988).

Portanto, são princípios constantes da ordem econômica constitucional a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de

<sup>16</sup> Tomando-o, embora superficialmente, pelo sentido aristotélico, temos o *fundamento* como “causa no sentido de razão de ser”, na explicação e justificação racional da coisa da qual é causa. Nascido do Iluminismo Alemão do Século XVIII, “na linguagem comum e menos na filosófica, é o fundamento que apresenta a razão de uma preferência, de uma escolha, da realização de uma alternativa antes que outra” (SOUZA, 2002, p. 116).

<sup>17</sup> “Já os princípios, apesar de aparente preciosismo da diferenciação, embora tomados por *fundamento* ou *causa*, de modo habitual significam o *ponto de partida* de um processo qualquer, e nesta acepção foi que Anaximandro os introduziu em filosofia. (SOUZA, 2002, p. 116)

pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Estabelecidos os fundamentos do sistema constitucional econômico, seus objetivos e seus princípios, é necessário, para o enquadramento do objeto deste estudo, aprofundar a análise das formas de intervenção do Estado no domínio econômico, pois neste âmbito é que se encontra o denominado Estado Regulador, com suas características mais contemporâneas e em face de uma demanda crescente pela sua atuação de forma independente e autônoma, especialmente a partir das reformas constitucionais operadas a partir da década de 1990.

A intervenção do Estado no domínio econômico pode se dar de diversas maneiras e estão previstas na Constituição de 1988 a partir do art. 173, que estabelece genericamente as hipóteses em que o Estado poderá atuar na exploração de atividades econômicas:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (BRASIL, 1988)

Por sua vez, a intervenção estatal na economia de forma indireta, por meio das funções fiscalizadora, incentivadora e de planejamento, esta prevista no artigo 174, *in verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988)

Diante das disposições constitucionais acima, é possível concluir que a intervenção estatal na economia pode se dar de duas formas<sup>18</sup>: a) por meio da atuação direta nas áreas reservadas prioritariamente para a atuação de agentes privados e b) por meio da regulação. Moreira (2007, p. 3) nomeia estas duas formas de atuação como “intervenção *stricto sensu*” e “regulação”, respectivamente, uma vez que sempre haverá “a inserção de um terceiro no mercado (o Estado), institucionalmente a ele estranho – de molde a alterar as condutas e/ou perspectivas dos agentes econômicos privados”.

O mesmo autor prossegue, então, conceituando estes dois institutos:

---

<sup>18</sup> No mesmo sentido se manifesta Carvalho Filho (2013, p. 915): “O Estado atua de duas formas na ordem econômica. Numa primeira, é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição, cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares. (...) Noutra forma de atuar, que tem caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio são destinadas à iniciativa privada. (...) não se limita a fiscalizar as atividades econômicas, mas também ingressa efetivamente no plano da sua execução.

Regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. Já a intervenção em sentido estrito é a atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas. Dá-se através do exercício direto de atividade econômica no domínio econômico privado. (MOREIRA, 2007, p. 3)

Trata-se, portanto, de conceituação de regulação econômica de concepção restrita, pois a regulação é considerada apenas quando destinada a disciplinar “o comportamento dos agentes econômicos através da imposição normativa de seu comportamento nos respectivos mercados”, bem como no que se refere à fiscalização e controle da observância destas regras (MOREIRA, 2007, p. 20).

Tal concepção, segundo este autor, restringe a atividade regulatória à normativa e, portanto, exclui desta qualquer solução extrajurídica ou abrangida pela atuação livre dos agentes econômicos, de modo que, afastada está do conceito de regulação a intervenção direta do Estado no domínio econômico através do exercício da atividade econômica, uma vez que esta interfere na conduta do agente econômico privado de forma extrajurídica, ou seja, impondo a estes reações de acordo com as leis mercadológicas (MOREIRA, 2007, p. 20).

A regulação, via de regra, é exercida pelo Poder Executivo e, apenas eventualmente, pelos poderes Judiciário e Legislativo, de modo que a sua execução se dá por meio de medidas regidas pelo Direito Administrativo, cujo segmento é denominado de Direito Administrativo da Economia, lastreado sob as bases do Direito Constitucional Econômico.

Isto posto, é necessário destacar que, no atual regime constitucional federativo brasileiro, cuja maioria das competências constitucionais remanesceu na titularidade da União Federal, seja no que se refere à competência administrativa privativa (art. 21) ou à competência legislativa privativa (art. 22), a atividade regulatória da economia em diversos setores é exercida por este ente.

A execução da atividade regulatória no Brasil tem sido realizada por órgãos independentes e autônomos, quais sejam as agências reguladoras, seja no que se refere à regulação do setor econômico privado ou à regulação dos serviços públicos de natureza econômica, modelo este que ganhou mais corpo com as reformas constitucionais ocorridas após a década de 1990.

O produto deste movimento pode ser percebido por meio da multiplicação de agências reguladoras, tais como a Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei Federal nº 9.984/2000; a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei Federal nº

11.182/2005; a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei Federal nº 9.472/1997; e Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei Federal nº 9.427/1996, sendo esta última a realizadora do procedimento normativo produtor da Resolução Normativa nº 414/2010, que será objeto de avaliação por este trabalho mais adiante.

### **1.3 Plano de desestatização da década de 1990 – reforma burocrática em busca de eficiência**

A opção constitucional econômica brasileira, considerada mista<sup>19</sup> a partir do texto de 1934, possibilitou um crescimento robusto e consistente da interferência do Estado no domínio econômico, como produto das correntes políticas majoritárias desde o final da década de 1930 e começo da década 1940, baseadas principalmente no objetivo do desenvolvimento nacional. Tal constatação levou Moreira (2007, p. 1) a classificar o liberalismo brasileiro como circunstancial, nos seguintes termos:

O liberalismo brasileiro poderia ser denominado de um “liberalismo de circunstância” (ou “de conveniência”), a variar de acordo com o momento histórico enfrentado. O que fez com que o Estado atuasse com grande intensidade na esfera econômica formalmente reservada às pessoas privadas e multiplicasse a área de atuação direta na economia (banca, mercado de capitais, petróleo, energia elétrica, água e saneamento, construção civil, computadores e tecnologia da informação, transportes, silos, armazéns, indústrias etc.).

Esta intervenção considerável foi útil à economia voltada para o mercado (direcionamento de todo regime econômico capitalista), pois propiciou o desenvolvimento do País durante várias décadas do século XX. Entretanto, este modelo mostrou-se saturado<sup>20</sup> na última quadra desse século, quando a política de intervenção estatal voltada para o mercado interno, baseada na substituição de importações, demonstrou sinais de esgotamento e passou a ser considerada perniciosa para a economia. Nas palavras de Pereira (1991, p. 14):

---

<sup>19</sup> Todas as economias capitalistas são resultado misto da coordenação pelo mercado e pelo Estado. Dependendo, entretanto, da importância maior ou menor que o Estado tenha na coordenação da economia, podemos classificá-las em “mistas” ou “coordenadas pelo mercado. (PEREIRA, 1991, p. 15).

<sup>20</sup> Soares (2001, p. 154) também faz esta constatação: “A expressão interna da crise dos anos 80 se dá no Brasil, numa perspectiva histórico-estrutural, no chamado esgotamento do “Estado Desenvolvimentista”, cujo padrão se baseava no tripé Estado-Capital estrangeiro-Capital nacional, com surtos de crescimento e desenvolvimento que possibilitavam os movimentos de ‘fuga para a frente’ onde se acomodavam os diversos interesses dominantes. O principal elemento dessa impossibilidade de novas ‘fugas para frente’ é a Crise Financeira do Estado, decorrente de um processo crescente de endividamento externo e interno”.

A intervenção não é nociva por natureza. O Estado se tornou um obstáculo ao desenvolvimento da América Latina depois de ter sido um promotor estratégico desse mesmo desenvolvimento quando, no quadro de um processo cíclico, a estratégia de substituição de importações esgotou-se. Quando as distorções provocadas pela intervenção superaram seus objetivos corretivos, quando a crise fiscal se desencadeou.

Esta constatação, influenciada pelo denominado “Consenso de Washington”<sup>21</sup>, mas fortemente caracterizada pela “abordagem da crise fiscal” do Estado<sup>22</sup> (abordagem complementar ao Consenso e não oposta, também direcionada a mapear as causas e dar soluções à crise econômica instalada em toda a América Latina), operou mudanças consideráveis na forma com que o Estado brasileiro atuava na economia<sup>23</sup>, diretamente (intervenção *stricto sensu*) ou indiretamente (regulação), de modo que este novo paradigma interventivo possibilitou um destacado reforço na atividade regulatória estatal<sup>24</sup>, uma vez que desencadeou as reformas necessárias à superação da crise instalada por aqui e se utilizou de

<sup>21</sup> “De acordo com a abordagem de Washington as causas da crise latino-americana são basicamente duas: a) o excessivo crescimento do Estado, traduzido em protecionismo (o modelo de substituição de importações), excesso de regulação e empresas estatais ineficientes e em número excessivo; e b) o populismo econômico, definido pela incapacidade de controlar o déficit público e de manter sob controle as demandas salariais tanto do setor privado quanto do setor público” (PEREIRA, 1991, p. 5).

<sup>22</sup> “De acordo com a abordagem da crise fiscal, estas economias devem deixar de se voltar principalmente para o mercado interno e voltar-se cada vez mais para o mercado externo. A coordenação da economia, entretanto, deve ser mista. (...) As reformas necessárias de acordo com a abordagem da crise fiscal são, portanto, mais profundas e abrangentes do que aquelas previstas pelo consenso de Washington. Não basta estabilizar através de disciplina fiscal e reduzir o papel do Estado, liberalizando e privatizando. É necessário, adicionalmente, superar a crise fiscal, reduzindo ou cancelando a dívida pública e recuperando a capacidade de poupança do Estado, e definir uma nova estratégia de desenvolvimento ou um novo padrão de intervenção, no qual o Estado desempenhe um papel menor, mas significativo, promovendo o desenvolvimento tecnológico, protegendo o ambiente e aumentando seus gastos na área social” (PEREIRA, 1991, p. 16).

<sup>23</sup> A Itália também participou deste movimento observado na Europa, de criação de autoridades administrativas independentes, tendo este movimento ganhado relevância naquele País “após a desestatização de uma série de serviços até então prestados diretamente pelo Estado, não olvidado, contudo, o relevante papel que desempenham também na tutela de direitos fundamentais.” (ARAGÃO, 2002, p. 308). A criação de diversas autoridades independentes na Itália se deu de forma massiva na década de 1990, a exemplo da “Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato” criada pela Lei nº 287/90 e da “Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas”, criada pela lei 481/95. Além de diferirem das agências reguladoras brasileiras pela função de protegerem diretamente diversos direitos fundamentais, as italianas também se destacam das observadas por aqui, pois “abrangem entes cujos dirigentes são nomeados diretamente pelo Poder Legislativo, não possuindo qualquer vínculo com a Administração Pública” (ARAGÃO, 2002, p. 311).

<sup>24</sup> Este movimento também foi observado em outros países da América Latina, como é o caso da Argentina, que iniciou um processo de desestatização a partir de 1989 e, portanto, veio a criar órgãos reguladores bastante semelhantes aos que temos no Brasil, na condição de autarquias, mas, com algumas diferenças, conforme destaca Aragão (2002, p. 311-312): “Já os entes reguladores argentinos, malgrado possuírem alguns traços institucionais especiais, mormente quanto aos requisitos técnicos dos seus dirigentes, não se revestem de garantias funcionais para os seus dirigentes ou de proteções da sua esfera competencial em face da supervisão ministerial. (...) podemos constatar que muitos dos entes foram criados por Decreto do Poder Executivo, o que, além das indagações quanto à sua inconstitucionalidade, deixa ora de dúvida a sua parca ou nenhuma autonomia, uma vez que, pelo Princípio do Paralelismo das Formas, podem ser extintos a qualquer momento por ato (Decreto) do Poder Executivo.”

algumas diretrizes do Consenso, especialmente daquelas que impunham a privatização das empresas públicas, ou seja, a redução da atuação direta do Estado na economia, aliadas às da “abordagem da crise fiscal”.

Portanto, a diretriz de manutenção de um Estado fortemente atuante no segmento econômico foi reformulada por meio das reformas constitucionais operadas na segunda metade da década de 1990.

Consoante Moreira (2007, p. 2):

Ocorre que, recentemente, esse liberalismo circunstancial assumiu novos foros, em especial depois da série de Emendas Constitucionais promulgadas a partir de 1995. A nova ordem liberalizante (e regulatória/desregulatória) mundial atingiu o Brasil em meados da década de 1990 e vem gerando efeitos inovadores desde então, tornando o modelo intervencionista brasileiro ainda mais esquisito. Apesar de ter mantido a atuação em algumas áreas estratégicas (e outras nem tanto), o Estado brasileiro incorporou a proposta de afastamento estatal relativamente à atividade produtiva direta”

Sob esta perspectiva e partindo-se da premissa de que a crise da América Latina era a crise do próprio aparelho estatal<sup>25</sup>, em meados da década de 1990, mais precisamente nos idos de 1995, foi estabelecido o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, sob a batuta do então Ministro Bresser-Pereira, com o objetivo de reposicionar o Estado em relação à economia e de dar a este a capacidade de atuar de forma mais contundente e pragmática sobre determinados segmentos econômicos e com impactos na vida social do Brasil.

Diante do reconhecimento de que o Estado brasileiro não vivia uma crise de governabilidade, mas sim uma crise de governança, pois enfrentava grandes dificuldades para a implementação das mais variadas políticas públicas em decorrência da ineficiência do aparelho administrativo, a reforma visava uma novo paradigma de atuação do Estado caracterizada pelo que se denominou de atuação gerencial, deixando de ser o responsável direto pelo desenvolvimento social e econômico e passando a se tornar um Estado promotor e regulador. Como defende Costa (2008, p. 863):

O Estado assume um papel menos executor ou prestador direto de serviços mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e provedor destes. (...) busca-se o

---

<sup>25</sup> A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Nesse sentido a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. (BRASIL, 1995, p. 6)

fortalecimento das suas funções de regulação e de coordenação, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infra-estrutura.

O objetivo deste plano era enfrentar, segundo constava da apresentação do PDRAE, o desafio de articular um “novo modelo de desenvolvimento que possa trazer para o conjunto da sociedade brasileira a perspectiva de um futuro melhor”, tendo como uma de suas bases de sustentação “o fortalecimento do Estado para que sejam eficazes sua ação reguladora, no quadro da economia de mercado, bem como os serviços públicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar” (BRASIL, 1995, p. 6).

As reformas que foram propostas traziam consigo a necessidade de superar um modelo de administração lastreado em princípios racionais e burocráticos ultrapassados de “padrões hierárquicos rígidos, que, ao concentrar-se no controle dos processos e não nos resultados, revelou-se lento e ineficiente para (...) complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica” (BRASIL, 1995, p. 6).

A superação do modelo administrativo burocrático se daria por uma nova perspectiva de atuação estatal denominada de “gerencial”, fundamentada “em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão” (BRASIL, 1995, p.7).

Neste plano de mudança de perspectiva, o PDRAE voltou-se estrategicamente para a definição de metas (objetivos), para a autonomia do administrador na gestão dos recursos necessários e para o controle dos resultados. Entretanto, a permeabilidade deste novo modelo de gestão à participação dos interessados revela-se importante para o presente trabalho, fato que é destacado como um imperativo do novo modelo:

Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins). (BRASIL, 1995, p.7)

O diagnóstico realizado no âmbito deste plano serviu de diretriz para as propostas de 03 (três) emendas constitucionais que visavam “por um lado, garantir conquistas da Constituição de 1988, as quais, na realidade, nunca se concretizaram” e que se deram a partir da segunda metade da década de 1990, sendo duas destinadas à reforma administrativa e uma à reforma da previdência. (BRASIL, 1995, p.7)

As Emendas Constitucionais nº 08 e 09 foram editadas no âmbito do processo de reestruturação estatal e decorreram da readequação das funções do Estado no âmbito

econômico, pelo que deram início ao processo de disseminação do novo modelo regulatório brasileiro, pois possibilitaram a criação de uma agência cuja competência se destinaria à regulação dos serviços de telecomunicações e, ainda, permitiram a privatização de serviços relacionados à exploração de petróleo e derivados, bem como o surgimento de outra agência destinada a regular esta exploração<sup>26</sup>. (BRASIL, 1995)

No plano gerencial, mesmo previamente à aprovação da Emenda Constitucional nº 19<sup>27</sup>, de 04 de junho de 1998, deu-se uma reforma da administração pública que no âmbito do Governo Federal, instrumentalizada pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE e, posteriormente, com a edição desta Emenda, diversos outros dispositivos da Constituição de 1988 foram alterados, especialmente aqueles relacionados à competência da União para legislar e prestar serviços, princípios da administração pública e, especialmente, os relacionados à Ordem Econômica, destacadamente os arts. 171 e 173, da Constituição de 1988.

Tais alterações permitiram, por sua vez, que o Estado brasileiro pudesse pôr em prática o seu plano de reestruturação e de revisão do seu papel no domínio econômico, em função de que advieram leis que permitiram esta revisão, como a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispôs sobre o regime de concessão e obras e serviços públicos e permissão da prestação de serviços públicos, em observância ao disposto no art. 175, da Constituição da República. (BRASIL, 1995)

---

<sup>26</sup> Nesse sentido destaca Sundeld (2014, p. 112): “A presença generalizada do termo regulação no debate jurídico brasileiro é relativamente recente. Embora o uso normativo da palavra já existisse – bastando mencionar que a Constituição de 1988, em seu art. 174, *caput*, havia reconhecido ao Estado o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica” – ela não designava uma imagem forte das mentes dos aplicadores e autores jurídicos. Isso começou a mudar a partir de 1995, quando as emendas constitucionais nºs 8 e 9 mandara instituir “órgãos reguladores” dos setores de telecomunicações e petróleo, o que desencadeou uma onda de criação de “agências reguladoras” e, rapidamente, transformou a ideia de regulação em lugar-comum jurídico”.

<sup>27</sup> Esta Emenda Constitucional modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controles de despesas e finanças públicas e custeio de atividades e cargo do Distrito Federal, dentre outras providências.

#### 1.4 A lei geral de concessões e permissões de serviços e obras públicas e a lei criadora da ANEEL

Como abordado, a regulação se insere no contexto de intervenção do Estado no domínio econômico, sendo espécie deste gênero. Quando se fala em regulação, segundo o próprio texto constitucional vigente no Brasil, é possível identificar diversos mecanismos de fiscalização, incentivo e planejamento e, no bojo desta atividade, se encontra a função normativa a ela relacionada.

O novo padrão de comportamento do Estado no que se refere à sua atuação no domínio econômico, verificada após as mudanças constitucionais mencionadas acima, implicou em decorrências para a atividade regulatória exercida no Brasil a partir de então, pois, ao contrário do que dizem alguns, este novo modelo de atuação econômica não significou um enfraquecimento da atividade regulatória, mas o seu recrudescimento em determinados setores nos quais o Estado deixou de monopolizar ou nos quais o Estado passou a delegar a execução de serviços de sua titularidade a particulares.

Marques Neto (2002), prossegue neste sentido, quando reconhece o processo de diminuição da intervenção direta do Estado no domínio econômico a partir das reformas levadas a cabo na segunda metade da década de 1990, mas diverge de alguns autores da época ao concluir que este processo implica não num enfraquecimento total da interferência estatal em todos os segmentos do domínio econômico, ao contrário, indica que este novo modelo causou o fortalecimento dos mecanismos estatais de controle sobre determinados segmentos da economia através do instrumento da regulação:

É assim que verificamos o engrandecimento e a reestruturação da regulação estatal sobre setores como saúde suplementar, vigilância sanitária, uso e exploração de recursos hídricos, transportes, entre outros. Esse processo dá margem a autores como Sabino Cassese afirmarem que *“o fato do governo central se libertar de uma parte da sua atividade reforça aquelas atividades que remanescem”* tornando necessário um *“governo central capaz de decisões igualmente radicais”*. Portanto, a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e o trespasses de sua exploração a particulares (mediante o recurso a parcerias, abertura à competição ou a outorga de concessões e permissões), antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública. (MARQUES NETO, 2002, p. 15).

Ora, este fortalecimento da regulação pública decorrente da diferenciação subjetiva entre aquele que explora diretamente a utilidade e aquele que detém a incumbência de fiscalizar esta exploração parece ser uma consequência lógica, pois a liberdade e a isenção

para o exercício desta fiscalização só pode ser legitimamente exercida neste contexto. A fiscalização pelo Estado de seus agentes indiretos parece carecer da independência necessária ao exercício desta atividade<sup>28</sup>.

Marques Neto (2002), também identifica uma importante mudança na característica de atuação regulatória do Estado após a superação dos modelos puramente liberais e sociais de outrora e as suas consequências sobre padrões intervencionistas e não-intervencionistas sobre a economia, de forma atestar a adoção de um novo padrão de regulação econômica do Estado, o qual se convencionou chamar de *regulação reflexiva*, assim caracterizado:

Fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, verifica-se o surgimento de um *novo padrão de atuação regulatória* onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com diversos interesses envolvidos numa dada atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais. O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação estatal prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “*mediador ativo*” de interesses. (MARQUES NETO, 2002, p.16).

Portanto, é nesta particularidade que se desenvolve o presente trabalho, pois aprecia a regulação realizada sobre os serviços públicos em sua acepção restrita, ou seja, aqueles com conteúdo econômico, passíveis de delegação pelo Estado, cuja intervenção indireta ganhou mais robustez com as políticas desestatizantes iniciadas no final do milênio.

Dentre todos eles, tratar-se-á especificamente dos serviços de energia elétrica, submetidos à regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que delimitou a competência desta Agência por meio de seu art. 2º (BRASIL, 1996):

---

<sup>28</sup> Mais uma vez é esclarecedora a lição de Marques Neto (2002, p. 19) sobre este ponto, pois ele destaca que a intervenção de direta produzia certa confusão entre o agente regulador e o operador, fato que implicava em comandos e parâmetros regulatórios deveras obscuros, de forma que concluir por ser a regulação praticada naquela conjuntura como sendo: “marcadamente retrospectiva, conjuntural e mediada pela política”. Esta conclusão nos permite evidenciar a importância dada à independência do novo modelo regulatório adotado a partir das reformas da década de 1990, que trouxeram ao sistema elementos tendentes a evitar o controle político sobre os órgãos reguladores.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

A vinculação entre a criação de agências, como a ANEEL, e o novo contexto político que importou em reformas administrativas ao Estado Federal<sup>29</sup>, impõe a avaliação de seus desdobramentos legais, qual seja a Lei de Concessões de Serviços e Obras Públicas, Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que tratou de regulamentar o disposto no art. 175, da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre o enumerado no parágrafo único deste dispositivo constitucional: a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; b) os direitos dos usuários; c) políticas tarifárias; e d) a obrigação de manter o serviço adequado. (BRASIL, 1995).

Sobre a nova regulação dos serviços públicos, é de se destacar que a política de desestatização de determinadas atividades de quebra de monopólios, exigiu a adoção de novos paradigmas de intervenção indireta.

Assim, partiu-se de uma **diretriz regulatória vertical** lastreada no controle direto, ou seja, no momento em que a exploração dos serviços públicos estava a cargo do próprio Estado, a cadeia de comando sobre os órgãos exploradores se dava sob a perspectiva interna da administração executiva, mediante simples ordem hierárquica, para um **vínculo regulatório baseado numa relação contratual**, cujos marcos regulatórios são mais claros e pré-determinados e estão baseados no ato de outorga (nos contratos de concessão, permissão ou autorização) e regulamentação vigente (MARQUES NETO, 2002, p. 20).

Segundo a Lei Geral de Concessões e Permissões, os serviços públicos poderão ser delegados por cada ente federativo titular do respectivo serviço e a regulação caberá a ele, mas fiscalização deste serviço se dará em cooperação com os usuários. (BRASIL, 1995)

A nova noção de serviços público destacada por Marques Neto (2002), que engloba as diretrizes de ampliação e generalização do acesso (universalização) e de

---

<sup>29</sup> Que nos dizeres de Marques Neto (2002, p. 17) importou em mudanças no “eixo de intervenção” do Estado na esfera econômica, quando este passou a não mais priorizar a exploração direta e monopolista de atividades ou segmentos econômicos e no “perfil regulatório” por meio da alteração do papel do agente regulador estatal, que antes era de caráter autoritário e passou a exercer, então, um papel de mediador de interesses de todos os envolvidos naquele mercado (consumidores, fornecedores, associações etc.) e de tutor (sob a perspectiva de uma atuação ativa) dos interesses dos hipossuficientes.

manutenção da perenidade de oferta (continuidade em seu caráter coletivo<sup>30</sup>) encontra previsão legal no artigo 6º, da Lei 8.987/95, que elenca como pressupostos da delegação, por meio de concessão ou permissão, a prestação de um serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários, adequação esta que é considerada preenchida quando houver a satisfação das condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas.

A concretude a estes conceitos, necessária para o exercício da fiscalização cooperativa pelo poder concedente e usuários, é dada no âmbito dos normativos regulatórios emanados do processo de produção normativa levados a cabo pela administração e aos quais o delegatário está vinculado nos termos do art. 175 do texto constitucional e 6º da mencionada Lei de Concessões.

Dentre os encargos previstos em lei ao poder concedente, se encontram, dentre outros, a obrigação de regulamentação do serviço concedido e a sua fiscalização permanente, a aplicação de penalidades regulamentares e contratuais, intervenção nos serviços, o zelo pela boa qualidade na prestação, o incentivo à competitividade e o estímulo à formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos aos serviços.

Logo, a delegação deste serviço dá ao Estado o dever, os mecanismos e a isenção necessários para o exercício de uma regulação mais independente e mais eficiente na busca por um serviço público universal e contínuo, sem descuidar do seu caráter econômico<sup>31</sup>.

A complexidade da regulação estatal hodierna é bastante relevante, especialmente se considerarmos os diversos interesses que estão envolvidos nesta atividade, destacadamente após as reformas constitucionais empreendidas e que mudaram a perspectiva de atuação direta estatal na economia, aliada a nova gama de direitos assegurados pela carta democrática de 1988. Como bem assevera Marques Neto (2002, p. 24), estas mudanças coadunaram com o redirecionamento do foco regulatório que tinha em seu centro os interesses do Estado e, então, passou a se concentrar no indivíduo detentor de direitos que, inclusive, ascendeu à condição de consumidor e não mais mero usuário<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Este caráter coletivo já fica por nossa conta.

<sup>31</sup> É necessário destacar que a noção de serviço público em sentido estrito não se confronta com o seu caráter econômico, muito pelo contrário, serve para diferencia-los dos demais serviços prestados pelo Estado em caráter universal e sem um conteúdo econômico imediato, como são os serviços de poder de político, ordenamento urbano e outros. Logo, a noção de que os serviços públicos não podem ser explorados sob uma lógica de mercado sob a intervenção regulatória do Estado não logra êxito nos tempos atuais.

<sup>32</sup> A esse respeito, vide o disposto no *caput* do art. 7º da Lei de Concessões Brasil (1995), que estabelece os diversos direitos dos usuários dos serviços públicos, sem prejuízo de todos os direitos elencados do código de

Portanto, a atividade regulatória de serviços públicos na atualidade se encontra em estágio deveras mais complexo do que em outros tempos, (i) seja em função da colocação de mais um agente neste meandro (relação que antes era travada somente entre Estado e usuário) que é o agente explorador da atividade econômica delegada; (ii) pela elevação do usuário à condição de consumidor e, portanto, com direitos muito mais bem definidos legalmente; (iii) pelo desafio de se proceder ao equilíbrio em uma competição introduzida em alguns sistemas exploratórios que antes não era permitida; e (iv) pela constante especialização demandada pela constante evolução tecnológica dos setores (MARQUES NETO, 2002, p. 25).

Esta complexidade na atuação do órgão regulador, que desempenha um triplo papel<sup>33</sup>, é que demanda um incremento de autonomia e independência de forma e diminuir qualquer influência que desvirtue esta atividade, deveras difícil, dos seus interesses precípuos.

Para fazer frente às demandas da sociedade brasileira, que havia retomado a democracia recentemente, por mais serviços públicos e diante de uma crise econômico-financeira enfrentada também no setor de energia elétrica, que passou a exigir medidas de superação no começo da década de 1990<sup>34</sup>, a regulação estatal setorial mereceu especial atenção do Governo Federal.

O modelo de gestão do setor elétrico brasileiro foi alterado e as políticas de privatização tiveram grande relevância no novo arranjo institucional do setor, conforme atesta Paixão (2009, p. 356):

A partir da definição de que um novo modelo de gestão era necessário para o setor elétrico brasileiro, a ser implementado a partir de uma mudança inserida no contexto do movimento de privatização verificado no país a partir de meados da década de 1990, estruturou-se um arranjo institucional inspirado em experiências internacionais mas adaptado às condições peculiares do Brasil. Este novo modelo marca a passagem de uma conformação em que predominava o monopólio público

---

defesa do consumidor, qual seja a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>33</sup> Sobre este triplo papel, Marques Neto (2002, p. 26) diz que são eles o de formular as políticas públicas que darão conformação a exploração do serviço, o de titular do serviço e dos bens a ele afetos e de quem o operador irá postular a preservação do equilíbrio contratual e de defensor não somente dos interesses estatais, mas de todos os agentes relacionados à exploração do serviço.

<sup>34</sup> Paixão (2009, p. 346) relata alguns motivos para esta crise e, fazendo menção a alguns eventos históricos, destaca como ela era conhecida da administração pública à época: “Em contrapartida, desde o final da década de 1960, e sobretudo a partir da década de 1970, teve início o processo de endividamento em moeda estrangeira das empresas públicas e sociedades de economia mista do setor elétrico. Após um período de investimentos equivocados e mau aproveitamento do dinheiro público, no início da década de 1990 “o setor estava absolutamente deteriorado, com mais de vinte grandes obras paralisadas, empresas endividadas e sofrendo sérias consequências de administrações oportunistas (...)” A escassez só não era sentida porque uma recessão duradoura inibia o crescimento do mercado consumidor. Em 1985 “o então diretor do DNAEE, Oswaldo Baumgarten, havia dito uma frase, numa reunião setorial na Eletrobrás, que se tornaria uma máxima muitas vezes repetida: ‘ou o setor provocará uma recessão ou será alvo por uma recessão’”. A qualquer momento a retomada do crescimento poderia lançar o país em uma crise de abastecimento de energia elétrica, sujeitando-o à volta dos racionamentos frequentes, realidade superada desde a década de 1950”.

verticalmente integrado para uma conformação mais próxima de um mercado atacadista (ver item 2.2 supra), lembrando que os paradigmas teóricos são apenas referências, pois os sistemas elétricos do mundo real apenas se aproximam – às vezes mais, às vezes menos – dos modelos idealizados. Este novo modelo de sistema elétrico ainda está em vias de implementação, já que, apesar de boa parte das normas jurídicas necessárias estar estabelecida, ainda não ocorreu verdadeiramente a instauração de um regime de competição saudável, baseado em um grande leque de opções nas etapas da cadeia produtiva passíveis de competição (geração e comercialização)

Esta mudança na conformação do setor, que passou de um modelo monopolista vertical para um mais ajustado ao mercado atacadista, permitiu a abertura de todos os setores à iniciativa privada<sup>35</sup>, mas, em termos estruturais, o setor de energia elétrica no Brasil continuou dividido em quatro principais atividades, quais sejam (i) a geração, (ii) a transmissão, (iii) a comercialização e (iv) a distribuição de energia elétrica. A transmissão e a distribuição constituem monopólios naturais, enquanto que os demais permitem um regime de competição.

Através de uma visão institucional é possível perceber que o referido sistema está sustentado sobre três pilares básicos, uma agência reguladora, uma pessoa jurídica de direito privado encarregada dos setores de produção e transmissão e outra encarregada de manter em funcionamento o mercado atacadista de energia (PINHEIRO, 2005).

A agência reguladora, no caso, a ANEEL, está configurada como uma autarquia em regime especial. Este regime especial é destacado em função de sua autonomia financeira, pois a obtenção dos recursos necessários para o seu funcionamento advém do próprio setor elétrico, por meio da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica (arts. 12 e 13 da Lei nº 9.427/96), e não do tesouro do governo federal e da independência de seus diretores, que possuem mandato fixo, ou seja, não revogáveis *ad nutum* pelo Presidente da República (BRASIL, 1996).

Portanto, neste novo contexto setorial, a autonomia e a independência constituem a base necessária para o desenvolvimento de uma regulação consistente e voltada para os reais interesses dos agentes envolvidos, quais sejam a sociedade, os agentes econômicos e os demais interessados.

Nesta conjuntura, inclusive, é que foram produzidos diversos mecanismos de

---

<sup>35</sup> Sobre esta abertura e as medidas prévias que foram tomadas para que isto fosse possível, Pinheiro (2005, p. 315) assim relata: “Ficou evidente, nessa época, que a regulação do setor necessitava ser outra vez alterada, processo que teve início em 1993, com a Lei 8,631, que acabou com a equalização tarifária em todo o país e com a remuneração mínima garantida sobre os ativos. A lei também promoveu um “encontro de contas” entre o governo federal e as empresas. Concomitantemente, as tarifas foram recompostas, melhorando a saúde financeira das empresas. Esses foram os primeiros passos em um processo de reforma que tinha como objetivo final atrair o investidor privado para o setor, ao mesmo tempo em que se estabelecia um maior grau de competição entre as empresas.”.

participação dos envolvidos diretamente pelas áreas reguladas, bem como por qualquer interessado, a exemplo do que dispõe o art. 4º, §3º, da Lei da ANEEL que impõe a convocação de audiências públicas sempre que um projeto tiver o condão de impactar direitos dos agentes econômicos e dos consumidores. (BRASIL, 1995):

Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

Portanto, o novo paradigma regulatório estatal brasileiro também operou sobre o segmento da energia elétrica, o que resta especialmente perceptível através dos mecanismos colocados à disposição de todos os interessados para contribuírem com o processo decisório da regulação exercida pela ANEEL, que permitem influxo externo de contribuições, bem como as contribuições produzidas pelos próprios integrantes dos agentes do sistema elétrico.

Aliado a isto, o respeito aos contratos<sup>36</sup> e a busca constante por uma regulação independente e eficiente, de modo a fazer frente ao crescimento constante das exigências sociais por mais serviços e aos desafios impostos pelas novas questões climáticas, marcam a regulação setorial atual em que a posição de mediador do Estado está ainda mais evidente e tende ser cada vez mais importante para o êxito deste modelo.

Com a crise energética do começo do século XXI, que provocou um racionamento, o setor de energia elétrica passou por uma reformulação que culminou com uma nova regulação setorial. Dentre as mudanças, deve-se destacar o reordenamento do funcionamento da ONS; a criação do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE); a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, sucessora do MAE; e a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE. Estes três novos órgãos se somaram à ANEEL, ao ONS e ao MME – Ministério de Minas e Energia na função de regular o setor de energia elétrica no Brasil. (PINHEIRO, 2005, p. 319).

---

<sup>36</sup> O respeito aos contratos é um elementos básicos dos instrumentos de delegação e, conseqüentemente, da regulação exercida nos setores delgados ou não, ao lado das normas constitucionais, em especial o disposto no art. 175 e dos demais dispositivos legais, conforme dispõe o art. 1º, da Lei de Concessões (BRASIL, 1995): “Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”.

## 1.5 As competências<sup>37</sup> das agências reguladoras de serviços públicos no Brasil

Apenas duas agências reguladoras brasileiras foram criadas com base em autorização constitucional expressa e específica, são elas a Agência Nacional do Petróleo – ANP<sup>38</sup> e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL<sup>39</sup>. Entretanto, nem mesmo estas agências detêm atribuições e poderes especificamente estabelecidos no corpo do texto constitucional.

Além da ANP e da ANATEL diversas outras agências foram criadas no Brasil, estas, todavia, não derivam de um comando constitucional específico, mas da necessidade de se exercer a função reguladora da economia *lato sensu* e a regulação setorial de serviços públicos em específico.

Cada agência, mesmo as que derivam do comando direto e específico constitucional, detém sua forma de funcionamento particular, pois é o seu instrumento de criação, no caso a lei, que deve trazer todos os elementos necessários para o desempenho de suas atividades. Assim, é a norma legal sobre a qual está assentado cada órgão regulador que dá contornos importantes para a análise de suas competências.

No caso da ANEEL, diferentemente da ANATEL e ANP, a agência reguladora do setor elétrico não foi criada com esteio em determinação expressa do texto constitucional, mas por uma lei federal decorrente da necessidade da União de regular o serviço de sua competência (art. 21, XII, “b”, CF/88) que, por estratégia de gestão, passaria a ser delegado a

---

<sup>37</sup> Tratando sobre os impactos que a juridicização da sociedade implicou sobre o simbolismo do poder exercido no Estado de Direito, Chevallier (2013, p. 55) destaque que, na verdade, nestes estados, o poder limitado pelo direito passa a ser entendido como uma competência e não detém, portanto, o mesmo simbolismo que era possível de ser verificado nos estados nos quais o poder era personificado nas pessoas dos chefes de estado: “A juridicização integral que está no núcleo do Estado de Direito acarreta, de fato, em nível simbólico o *apagamento do fenômeno poder*, que tende a se transformar em uma *competência*, inteiramente regida pelo direito. O Estado de Direito ‘não é o governo dos homens, é o reinado das normas. O poder nada mais é do que execução subordinada, realização do que deve ser segundo as normas’ (W. Leisner, 1974). Assim, o poder tende a ser pura e simplesmente escamoteado, ou seja, eliminado.”. Não consta na lista de referência o autor

<sup>38</sup> Dispõe o inciso XI, do art. 21, do texto constitucional de 1998, com a redação dada pela emenda constitucional nº 8 de 1995: “Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” (BRASIL, 1988).

<sup>39</sup> A Constituição de 1988, em seu art. 177, estabeleceu o monopólio da União sobre a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das mencionadas atividades, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem e, em seu parágrafo primeiro, permitiu a contratação de empresas estatais e privadas para a realização destas atividades nos termos e condições estabelecidas em lei e o seu parágrafo segundo, inciso terceiro, estabeleceu que esta mesma lei deveria tratar da estrutura e das atribuições do órgão regulador responsável por este monopólio.

entes particulares.

A regulação estatal envolve múltiplas atividades que, para serem exercidas, implicam necessariamente na outorga de diversas competências. Essas atividades são elencadas por Gonçalves (2015, p. 245) como: “coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e “arbitragem”)”.

Todas elas devem ser exercidas dentro da nova perspectiva, em que diversos agentes passaram a estar envolvidos e a serem impactados pela atividade regulatória, ou seja, sob a diretriz de uma *regulação mediadora* ou, como se denominou acima, de uma *regulação reflexiva*<sup>40</sup> em decorrência da qual o Estado busca o alcance de suas finalidades por intermédio da composição dos interesses envolvidos e não da imposição de sua vontade.

Entretanto, o certo é que, para o alcance dos novos objetivos do procedimento regulatório, este novo modelo buscou reduzir os riscos de captura das agências reguladoras por todos os envolvidos, mas especialmente pelos poderes políticos, outorgando independência e autonomia, assegurando que a forma de escolha dos integrantes dos cargos de direção destas agências fosse feita da forma mais isenta possível de pressões dos ocupantes de cargos políticos, por exemplo.

Esta independência relação às pressões políticas, no entanto, não deve ser confundida com autonomia política<sup>41</sup> para definir as prioridades e as metas a serem alcançadas, ou seja, os objetivos políticos<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Gonçalves (2015, p. 245), relata que alguns autores comparam a atuação desta nova modalidade regulatória com a que se pretendia realizar com os denominados “poderes neutrais”, posto que esta deve se dar com imparcialidade em relação aos interesses envolvidos, que, atualmente, são ao mais diversos possíveis tendo em vista a pluralidade subjetiva envolvida no processo, qual seja Estado, agentes particulares e demais interessados (sociedade, consumidores etc.), pelo que conclui: “o essencial é ter em consideração que uma atividade desempenhada com ares de “poder neutral”, distinto do Estado, dos regulados e dos consumidores, ativos ou potenciais, enfim de todos os interessados no setor administrado e orientado pelas entidades competentes, não pode ter a fragilidade de interferência preponderante por quaisquer dos interesses envolvidos concretamente”.

<sup>41</sup> “Quando se discute a autonomia das agências, deve-se levar em conta três formas de autonomia: administrativa, legal e política. Neste capítulo, partindo do pressuposto de que as agências são, por definição, administrativamente autônomas, sugiro que, ao contrário das agências executivas, as agências reguladoras devam ter autonomia legal. Mas nem uma nem outra deveria ter autonomia política, ou seja, autoridade para formular políticas. (...) Entendo por autonomia administrativa, a autonomia para decidir sobre questões de pessoal e questões organizacionais e financeiras que envolvam a organização; por autonomia legal, a autonomia para decidir caso a caso, com base na lei ou nas políticas executivas; e por autonomia política, a autonomia de decidir sobre as regras do jogo. (...) Mas não se deve confundir autonomia administrativa e legal com autonomia política – com autonomia para definir políticas, que é uma prerrogativa dos políticos eleitos, sobretudo quando determinada questão se torna objeto de debate público. (PEREIRA, 2009, p. 306-312.)

<sup>42</sup> Sobre esta independência e a reserva de poder que deve ser guardada ao Chefe do Executivo, em especial, como representante político eleito, reitera Barroso (2006, p. 13): “É que se couber às agências a determinação integral das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Chefe do Executivo em termos de competência

As políticas executadas pelas agências reguladoras, por se tratarem de políticas de Estado – políticas definidas legalmente e não deixadas ao alvitre de governos -, conferem mais isenção e autonomia no desempenho de suas funções. No entanto, isto não nos permite dizer que estas agências gozem de autonomia política, pois a elas não é permitido definir quais políticas serão executadas, mas simplesmente lhes cabe a execução das políticas de Estado definidas legalmente para tornar concretos os objetivos constitucionais.

Foi sob este contexto que a mudança no perfil de atuação do Estado de burocrática para gerencial, que as agências reguladoras ganharam papel relevante na administração brasileira, destacadamente com a finalidade de assumir uma função de “promotor e regulador do desenvolvimento social e econômico” e de promover o aumento da governança pública entendida como a “capacidade de implementação de políticas públicas, sob a ótica da eficiência, eficácia e efetividade, mediante a inserção de novos modelos organizacionais e novas parcerias com a sociedade civil” (SANTANA, 2002, p. 2).

A regulação setorial, nela contida a de serviços públicos, demanda uma rede estruturada capaz de exercer uma regulação reflexiva de forma especializada e coordenada capaz de estruturar normas eficientes ao desiderato estatal e de acordo com os interesses de todos os envolvidos, considerando a complexidade da sociedade moderna.

A atividade regulatória demanda, então, o exercício de diversas funções pelas agências, fato que levou parte da doutrina a classificar estas funções como “poderes” quase-judiciais, quase-legislativos e quase-regulamentares<sup>43</sup>.

Entretanto, é cediço que a denominação destas funções como “poderes” não revela a melhor técnica, já que as agências são entidades vinculadas ao Poder Executivo e que, enquanto autarquias, exercem as funções estabelecidas na respectiva lei criadora (Art. 37, XIX, CF/88). Isto porque, mesmo os poderes constituídos que estão elencados no art. 2º do Texto Constitucional, leia-se Legislativo, Executivo e Judiciário, não exercem funções estanques, completamente separadas umas das outras, mas sim funções denominadas típicas e atípicas. (BRASIL, 1988).

Logo, com o desiderato de atuarem com eficiência num contexto social cada vez

---

decisória, valendo lembrar que é ele quem detém a legitimidade democrática, recebida nas eleições, para exercer a função administrativa. É possível mesmo vislumbrar um cenário no qual a multiplicação das agências, cada qual dotada de completa independência em relação ao Executivo, acabaria por esvaziar o espaço decisório que lhe cabe constitucionalmente.”

<sup>43</sup> Neste sentido sentada Grotti (2006, p. 8): “Diante dos poderes de largo alcance conferidos às agências reguladoras, costuma-se afirmar que essas entidades gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes de Estado: poderes quase-judiciais, quase-legislativos, e quase-regulamentares.”

mais complexo, as agências costumam gozar de prerrogativas relacionadas ao estabelecimento de normas com força de lei, de fiscalizar e aplicar sanções aos que estão submetidos à sua atividade reguladora, bem como de dirimir conflitos de interesse surgidos entre os agentes econômicos regulados, conforme assevera Grotti (2006, p. 8):

Essas figuras envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos – *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre os agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários etc.; e desenvolvem uma tripla regulação: a ‘regulação dos monopólios’, visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controle de preços e da qualidade do serviço; a ‘regulação para a competição’, a fim de criar condições de existência e manutenção da concorrência e a ‘regulação social’, objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados.

O exercício destas funções, todavia, é submetido a certo controle exercido pelos poderes constituídos. Diretamente pelo Legislativo, na forma do art. 49, X, CF/88 e com o auxílio dos Tribunais de Contas, conforme determina o art. 70, da Constituição da República.

A função quase-jurisdicional e, ainda, todas as outras (fiscalizatória, sancionatória etc.) que possam ser executadas em detrimento de direitos e garantias legais e/ou constitucionais ficam sujeitas ao controle do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, CF/88.

Controle pelo Executivo é tema mais delicado. Isto porque, como visto acima, é característica essencial do modelo regulatório a independência e autonomia em relação aos poderes constituídos, especialmente em relação ao poder político, tendo em vista o objetivo do exercício de uma regulação eficiente, de forma que o controle exercido pelo Executivo sobre as agências se restringe à escolha de seus dirigentes, que gozam de mandatos fixos.

Neste sentido assinala Barroso (2005, p. 12) afirma que:

O controle executivo sobre as agências reguladoras limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras. A subordinação seria incompatível com a implementação eficiente da regulação de atividades que mobilizam interesses múltiplos do Estado, como empresário, arrecadador de tributos ou agente social.

No caso da ANEEL, a obrigação de execução das diretrizes políticas estabelecidas pelo Governo Federal esta prevista nos art. 2º e 3º, I e II da Lei nº 9.427/96. (BRASIL, 1996).

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995; II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos. (BRASIL, 1996).

As competências, entendidas como prerrogativas, obrigações e diretrizes a serem observadas pela ANEEL no exercício da função reguladora a ela outorgada, por sua vez, também estão estabelecidas o artigo 3º da sua lei criadora que, em grande parte faz menção ao disposto na lei geral de concessões, como os dispostos no art. 29, incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII (Brasil, 1995) abaixo transcritos:

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; e XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

O exercício destas competências pelas agências reguladoras, enquanto representantes do poder concedente ou mesmo na qualidade de entes com a missão de gerenciar setores relacionados à prestação de serviços públicos, demanda cada vez mais especialidade e concatenação com as necessidades da sociedade, especialmente se levarmos em conta as demandas por mais serviços e, portanto, de expansão da capacidade produtiva dos setores regulados no Brasil.

A mudança de perspectiva que a regulação econômica e a de serviços públicos, em específico, nas últimas décadas, com o incremento da função moderadora da atividade, implicou na necessidade de utilização de novos mecanismos de interação com todos os envolvidos na cadeia produtiva daquele serviço, assim como com os que se encontram no final desta cadeia, agora revestidos na condição de consumidores e não mais de simples usuários, conforme se verificou acima.

Logo, os dispositivos legais previstos nas legislações criadoras das agências brasileiras, que estabelecem o regime especial de funcionamento de cada uma delas, em face

da ausência de uma regulação constitucional exaustiva e uniforme da matéria, passam a deter grande importância para o desempenho desta atividade de características cada vez mais reflexivas, uma vez que permitem o exercício das funções normativa, decisória e administrativa de forma a estimular a aceitação com o mínimo de resistências possíveis por parte dos envolvidos. Estes mecanismos, entretanto, devem ser balanceados com os outros instrumentos da regulação técnica de modo a não desvirtuar as balizas de levaram a concepção e implementação do modelo.

Portanto, as amplas e importantes competências outorgadas pelo legislador às agências reguladoras, inclusive àquelas relacionadas aos setores dos serviços públicos, configuram mecanismos cada vez mais relevantes para proporcionar uma gestão pública confiável e capaz de dar respostas eficientes às necessidades de uma sociedade cada vez mais plural e exigente, de forma que a legitimação das decisões tomadas no exercício destas prerrogativas ganha, então, ainda mais importância dentro deste contexto.

Neste particular, o exercício da função normativa pelas agências, que não está submetido ao controle do Poder Legislativo, tampouco do Executivo, mas apenas do Poder Judiciário em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, (art. 5º, XXXV, CF/88), também deve procurar mecanismos de legitimação para além da tecnicidade, que é deveras importante, mas não se revela suficiente para dar ampla confiabilidade e aceitação à norma pelos envolvidos.

Destarte, não resta suficiente para produzir aceitação à produção normativa ou das demais decisões, um comando legal que outorgue função normativa às agências, faz-se necessário um procedimento que permita que o exercício desta competência se dê por mecanismos aceitáveis aos envolvidos de modo que se alcance uma regulação cada vez mais eficiente e legítima, especialmente se considerarmos a concepção mediadora ou reflexiva da regulação moderna.

## **CAPÍTULO 2 - A LEGITIMIDADE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

As funções exercidas pelas agências reguladoras no Brasil enfrentam alguns questionamentos, seja em decorrência do aglutinamento de prerrogativas que se enquadram nas funções típicas de outros poderes, que não as do Poder Executivo, pela forma de nomeação dos seus dirigentes ou mesmo pela origem de cada uma das agências, uma vez que algumas derivam de prescrição constitucional expressa, enquanto outras da atividade interpretativa do texto magno.

Dentre as diversas funções exercidas pelas agências reguladoras brasileiras, merece destaque a normativa, já que por meio dela são criados normativos jurídicos de relevância para o cotidiano dos cidadãos brasileiros e pelo fato de que sobre ela recaem questionamentos diretos e que podem culminar, no limite, com a desconsideração desta importante função pelos órgãos de controle, como é o caso do exercido pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo Poder Legislativo.

Para a sustentação do produto desta função no ambiente democrático e no qual se busca o equilíbrio entre os poderes constituídos (sistema de freios e contrapesos), faz-se necessário superar importante questionamento acerca da legitimidade do produto desta função, destacadamente em face da insuficiência atual dos mecanismos de legitimação pela função ou pela eficiência, uma vez que, diante das mudanças operadas nas relações mantidas entre o Estado e os particulares<sup>44</sup>, na qual cada vez mais se reduz a posição de supremacia daquele sobre este, impõe-se novas ferramentas de produção normativa no âmbito do Poder Regulador.

Aqui se revela importante a avaliação do exercício da função normativa pelas agências reguladoras brasileiras e, passando pela origem desta atividade, pelos conceitos de legitimidade e legitimação para, ao fim, identificar os contornos da Teoria da Legitimação pelo Procedimento, de Luhmann (1980).

Esta avaliação se torna possível uma vez é possível identificar a utilização de

---

<sup>44</sup> Sobre este tema é esclarecedora a lição de Figueiredo (2016, p. 189) acerca do atual modelo regulatório, que outros autores denominam de “reflexivo”, mas que, ao fim e ao cabo, significa a busca pela composição entre os interesses dos diversos atores envolvidos: “Agora, a atividade de regulação de mercado exercida pelo Estado passa a levar em conta os diversos interesses existentes, ponderando-os e conciliando-os a fim de garantir equilíbrio entre os interesses do Governo (políticos), os interesses dos agentes econômicos (privados) e os interesses da sociedade (coletivos)”.

mecanismos de abertura do procedimento normativo a fluxos externos de informação, ao que parece, com a finalidade de produzir normas aceitas pela coletividade ou que encontre nesta a menor resistência possível.

## **2.1 Origem e natureza da função normativa das agências reguladoras no Brasil**

A função normativa das agências reguladoras é traço distintivo destas autarquias especiais. Todavia, o seu exercício por um ente vinculado ao Poder Executivo, ainda que com regras que lhe garantam maior independência, angariou certas críticas e incentivou intensos debates acerca da viabilidade jurídico-constitucional deste fenômeno, especialmente em face dos princípios da separação de poderes, da vedação à delegação de função legislativa e da afronta à reserva legal.

A nova formatação da intervenção do Estado brasileiro na economia, com o considerável afastamento do Estado da atuação direta nesta seara, demandou a adoção de um modelo gerencial estatal consubstanciado numa atividade reguladora descentralizada da administração direta, no caso, por meio de autarquias<sup>45</sup> criadas especificamente com esta finalidade e detentoras de competências variadas, conforme restou demonstrado no capítulo anterior.

Estas agências gozam de independência em relação aos poderes do Estado, inclusive em relação ao Poder Executivo. Entretanto, quanto a este, a independência é relativa, uma vez que estas autarquias estão incluídas na administração pública de competência do Executivo, mas a elas são estabelecidas regras que lhes garantam maior independência em relação ao poder político, como o mandato fixo em períodos não coincidentes com os do chefe do Executivo respectivo, bem como autonomia financeira por meio da previsão de receitas provenientes de outras fontes<sup>46</sup> que não somente do tesouro do

---

<sup>45</sup> O artigo 1º da Lei nº 9.427/96 Brasil (1996) instituiu a ANEEL como autarquia em regime especial, assim como o art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/97 fez com a ANATEL. (BRASIL, 1997)

<sup>46</sup> Como exemplo de fontes de recursos que garantem esta autonomia financeira das agências reguladoras, se tem as diversas fontes previstas no art. 11, incisos I, III, IV, V, VI e VII da lei da ANEEL (BRASIL, 1996), que assim dispõe: “Art. 11. Constituem receitas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL: I - recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, instituída por esta Lei; III - produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público; IV - rendimentos de operações financeiras que realizar; V - recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais; VI - doações, legados, subvenções e

ente público ao qual a agência está vinculada.

Como cediço, a atividade reguladora traduz uma função de Estado, pois por meio dela se executa políticas definidas em lei e, portanto, caracterizadas pela perenidade e não pela eventual fugacidade dos objetivos de um determinado governo. As agências, portanto, não possuem liberdade para definição dos rumos políticos que serão seguidos no âmbito regulado, pois esta definição, como dito, deve ser realizada pelo órgão que detém a legitimidade democrática necessária para tanto, pois recebeu a delegação direta dos cidadãos mediante o sistema representativo.

No bojo desta função reguladora se encontram diversas funções estatais, dentre elas a função normativa das agências<sup>47</sup>, que, como dito, é um dos traços distintivos destas autarquias em relação às demais.

O enquadramento desta função como regulamentar ou não é objeto de intensos debates na doutrina, pois para alguns, o poder regulamentar seria prerrogativa exclusiva do chefe do poder executivo<sup>48</sup>, enquanto que, para outros, a possibilidade de edição de regulamentos por outras autoridades e órgãos da administração pode ser observada em diversas passagens da constituição federal e se configura como competência essencial ao desempenho da administração pública, especialmente após a edição da Emenda Constitucional nº 32 (BRASIL, 2001).

Mesmo assim, é necessário sobrelevar que a natureza das normas produzidas pelas agências no Brasil não é de meros regulamentos destinados a dar concretude a dispositivos legais, mas sim de dispositivos que contém normas substantivas capazes de criar obrigações,

---

outros recursos que lhe forem destinados; e VII - valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.”.

<sup>47</sup> Neste particular é importante destacar a diferenciação entre função normativa e a função legislativa, diferenciação esta bem concisamente explanada por Duarte Jr. (2014, p. 144): “Entendemos o Direito a partir da sua concepção normativista, ou seja, como um ordenamento normativo. E da mesma forma que defendemos que a norma jurídica não se resume à lei, a função normativa não se confunde com a função legislativa. A norma jurídica, elemento essencial no sistema jurídico, consiste, segundo Eros Grau, em sua inovação primária, geral e abstrata no ordenamento jurídico, seja em decorrência do poder originário seja em decorrência do poder secundário. Dessa forma, a função normativa compreenderia tanto a função legislativa quanto regulamentar. Ou seja, a competência normativa não se confunde com a competência legislativa: enquanto aquela consiste no poder de criar normas de conduta com o objetivo de regular relações humanas a partir dos operadores deonticos; a competência legislativa é reservada ao poder de criar normas jurídicas primárias de cunho legislativo. Já a competência regulamentar (normativa), decorrente do poder secundário, é dependente e acessória da competência legislativa”.

<sup>48</sup> Segundo Carvalho Filho (2006): “Regulamento, em nosso país, visto o conceito em sentido estrito, é apenas o ato normativo secundário editado pelo Chefe do Executivo. Se o ato promana de qualquer outra autoridade ou ente (agência reguladora, por exemplo), já não mais corresponde à ideia constitucional de regulamento, a não ser em sentido lato”.

direitos e sanções em caso de inobservância, observadas as diretrizes e padrões estabelecidos na legislação, ou seja, a normatividade se dá em caráter secundário<sup>49</sup>.

Entretanto, isto não significa que elas não detenham competências que, em alguns casos, também serão destinadas a darem concretude a determinações legais, ou seja, meramente regulamentares<sup>50</sup> sob o aspecto de que se destinam a conferir exequibilidade a dispositivos legais, são os denominados regulamentos de execução.

Além da independência e autonomia, o outro grande traço distintivo das agências em relação às outras autarquias existentes no Brasil, é justamente a sua competência normativa<sup>51</sup>, ou seja, capacidade jurídica de editar normas que tenham o condão de criar direitos e obrigações, observadas as disposições legais e constitucionais vigentes, pois estão em patamares hierárquicos superiores.

Isto porque esta função normativa (*rulemaking*) é uma decorrência direta da atribuição de regulação da atividade econômica colocada ao encargo do Estado pelo texto constitucional em seu art. 174 e, por opção do legislador, esta atribuição coube às agências. (BRASIL, 1988)

Assim, uma vez deliberado pelo texto constitucional originário e criadas as agências reguladoras com esta finalidade, não há como olvidar que esta função normativa não decorre de simples delegação legislativa, mas é ínsita à própria atividade reguladora garantida constitucionalmente e exercida pelas agências por disposição legal<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Entretanto, há parte da doutrina que reconhece ser o poder normativo das agências reguladoras como capaz de editar atos normativos primários, ou seja, com lastro jurídico direto da própria constituição federal, sem a intermediação de leis e, portanto, fazem a diferenciação entre normas criadas em decorrência do exercício de mero poder regulamentar e daquelas provenientes de uma função normativa, ou seja, mais ampla, como o faz Lima (2013, p. 234): “O que designamos como poder normativo para os efeitos deste trabalho é o traço específico do Estado Regulador, através do qual se atribui às agências reguladoras o poder de criar normas substantivas (*rulemaking*), criando obrigações, direitos e sanções que não foram expressamente previstos em legislação. Essas normas possuem natureza jurídica de uma norma legal, pois elaboradas no exercício da função legislativa. Gozam do mesmo status de uma Lei, apenas tendo hierarquia inferior. (...) O poder regulamentar, por outro lado, não implica na criação de normas. Ele pressupõe a existência de uma legislação, permitindo ao executor tão somente o detalhamento da norma já criada, sem admitir que o ato regulamentar crie uma obrigação inovadora. Utilizando a terminologia da doutrina tradicional, o poder regulamentar se presta a edição de atos normativos secundários, enquanto que o poder normativo possibilita a edição de atos normativos primários.”

<sup>50</sup> Sobre este tema, é importante observar o caso da ANEEL, pois no artigo 3º, I, da lei que lhe instituiu Brasil (1996), outorgou-lhe poderes regulamentares necessários ao regramento da exploração de energia elétrica e do aproveitamento de potenciais hidráulicos, conforme lei 9.074/1995. Ocorre que esta delegação não se confunde com a função normativa desta agência, pois esta função é mais ampla e é detida pelas agências por força de disposição constitucional, aliada à opção do legislador de concentrar esta e outras funções no âmbito destes órgãos da administração.

<sup>51</sup> Nesse sentido Lima (2013, p. 238): “O que diferencia as agências reguladoras dos demais órgãos do Executivo é que elas não só possuem o poder regulamentar, mas, sim, um poder normativo, podendo elaborar atos normativos substantivos originais”.

<sup>52</sup> Neste particular, calha repisar a diferenciação entre a ANP e ANATEL e as demais agências existentes

Logo, a atividade reguladora exercida de forma descentralizada em função do novo modelo gerencial adotado pelo Brasil após as reformas constitucionais levadas a cabo na década de 1990, uma vez outorgadas às agências, traz consigo o poder normativo necessário à execução das finalidades estabelecidas pela constituição e especificadas pormenorizadamente pela legislação.

Portanto, a normatividade dos estatutos editados pelas agências decorre da própria constituição, emitidos de acordo com as diretrizes concretas estabelecidas pelo Legislativo brasileiro, de modo que esta função normativa deve ser exercida na forma determinada legalmente e direcionada ao alcance dos objetivos eleitos pela constituição e especificamente pelo parlamento, através dos representantes democraticamente eleitos pelo povo brasileiro.

Sobre a matéria, é de grande relevância a análise de Cuéllar (2001) acerca da origem do poder normativo das agências reguladoras, seguindo o entendimento de que não se trata de delegação pelo Poder Legislativo brasileiro, já que, primeiro, se faz necessária uma análise mais moderna do princípio da separação dos poderes e, segundo, que o conceito de delegação não se amolda ao regramento constitucional mencionado, pois, se aplicável, implicaria numa função normativa precária e excepcional.

Importante a transcrição da lição desta autora Cuéllar (2001, p. 116):

De todo modo, é preciso observar que, na medida em que a delegação é sempre precária e excepcional, caso o poder normativo das agências derivasse de delegação, poderia, em tese, ser cassado, o que acarretaria extinção das agências – ou frustração de sua natureza jurídica essencial. Ademais, no caso brasileiro, ao contrário do norte-americano, não há um controle político quanto aos atos que resultam do exercício do poder regulamentar por parte das agências. Talvez seja esse o ponto nodal. A delegação deve ser controlada *pari passu* pelo delegante – o que é inviável no sistema brasileiro. Assim, parece-nos que o óbice para justificação da atribuição do poder normativo às agências como delegação de poderes não é o “princípio da separação dos poderes”, mas a própria natureza jurídica do ato de delegar.

Destarte, mesmo havendo posições divergentes quanto à natureza/origem deste poder por parte da doutrina brasileira<sup>53</sup>, bem como acerca do fato de haver exclusividade ou

---

atualmente no Brasil, pois aquelas também foram criadas pelo legislador infraconstitucional, mas com base em disposição específica do texto constitucional. Portanto, o legislador infraconstitucional apenas concretizou estes dispositivos da lei maior, de forma que não é possível observar nenhuma opção legislativa no sentido de concentrar estas funções reguladoras nestas agências, enquanto que no caso das demais, a opção legislativa de concentração e funções nestes órgãos resta evidente.

<sup>53</sup> Entendendo de forma ligeiramente divergente, Lima (2013, p. 206) conclui que, no Brasil, a função normativa das agências reguladoras é oriunda de uma delegação emanada do Poder Legislativo, em cumprimento ao que dispõe o art. 174 do Texto Constitucional: “Filiamo-nos aos autores da primeira corrente, a qual desigamos por corrente permissiva, por entendermos ser possível a delegação da função legislativa às agências reguladoras. (...) Entendemos, ainda, que o poder normativo consubstancia em uma verdadeira delegação de função legislativa, não na mera execução da Lei”. Duarte Jr. (2014, p. 167) também conclui que a origem do poder normativo das

não na pessoa do Chefe do Poder Executivo na atividade regulamentar<sup>54</sup>, é perfeitamente possível concluir que, apesar da atividade reguladora ter sido descentralizada para a administração indireta mediante lei aprovada pelo parlamento nacional, notadamente através de autarquias em regime especial (vide os casos da ANEEL, ANATEL e ANP), a atividade normativa, sendo decorrência lógica e essencial à exequibilidade da atividade reguladora, nos termos do texto constitucional, a função normativa não decorre de delegação do Poder Legislativo.

O exercício dessa função normativa, portanto, é essencial ao desempenho da atividade reguladora e a concentração de funções no âmbito de um só órgão, seja ele vinculado ao Poder Executivo ou a outro poder da república, não afronta um dos princípios basilares da democracia, qual seja o da separação de poderes.

Esta conclusão está assentada numa interpretação não anacrônica, pragmática, mais adequada à contemporaneidade<sup>55</sup>, que seja mais flexível e menos afeita à dogmática do princípio da separação dos poderes, conforme assevera Clève (2011, p. 43):

Ora, no mundo de hoje, o homem necessita preocupar-se com o Estado. Também deve precaver-se contra os grupos, porque, em face deles, mais uma vez a liberdade corre perigo. É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele, nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Reivindica-se, agora, a atuação do Poder Público para quebrar o domínio dos grupos

---

agências se encontra em ato de delegação do Poder Legislativo, sendo esta função exercida em caráter secundário: “As normas elaboradas pelas agências têm natureza jurídica de ato administrativo, mais especificamente regulamento executivo (ou regulamento autorizado), decorrente de uma delegação secundária (ou delegação imprópria), a partir do instituto da deslegalização.

<sup>54</sup> Carvalho Filho (2006, p. 86) entende que a produção de normativos realizada pelas agências é decorrência do exercício do poder regulamentar, função que é desempenhada por autorização legal: “Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem *função regulamentadora*, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é *direta*, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de consequência, qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato normativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar”.

<sup>55</sup> O advento do Estado Social reclamou uma postura mais ativa do Estado em face às demandas da população, de modo que foram necessárias alterações em suas bases políticas para outorgar a ele finalidades antes não estabelecidas, destacadamente as relacionadas às prestações estatais positivas que passaram a ser exigidas, em adição aos direitos básicos de ordem puramente liberal, consoante relata García-Pelayo (1985, p. 18): “En termos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a la condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos.(...) Las condiciones históricas que han hecho posible el desarrollo de esta nueva función del Estado que ni es socialista, ni es capitalista en el sentido clásico del concepto, sino que se corresponde con la etapa del neocapitalismo son, de un lado, un retro histórico, una necesidad de resolver problemas agobiantes irresolubles dentro de la estructura del Estado liberal y de la sociedad del Hochkapitalismus y, de otro lado, las posibilidades ofrecidas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial”. Tal mutação, portanto, implicou na necessária reformulação da atuação estatal, que deveria fazer frente a novas atribuições e responsabilidades, mas, ao mesmo tempo, enfrentava constantes crises fiscais, conforme já abordado.

e corporações. Se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional ou enquanto técnica de organização do poder para a garantia de liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado”.

A nova conformação da Separação de Poderes, de forma ser possível o exercício de diversas funções (típicas e atípicas) pelos poderes considerados autônomos e independentes, mas que devem atuar em cooperação mútua, também é reconhecida por Rocha e Nelson (2013, p. 46):

Fica impossível concluir que os três órgãos-poderes só possam exercer uma das três funções e mais, de que todas as funções do Estado devam subsumir a apenas uma destas três funções estatais esculpidos na teoria da separação dos poderes.

Portanto, a contemporaneidade não mais comporta uma aplicação dogmática do princípio da separação de poderes, ou seja, se afasta de uma visão organicista, mas exige que este princípio seja interpretado de forma a permitir uma atuação cooperativa destes, conforme estabelecido na vigente constituição federal.

Para a atividade regulatória, em específico, esta interpretação se mostra bastante adequada, já que as agências desempenham, no direito brasileiro, diversas funções que, em tese, seriam típicas dos três poderes da república.

Indo nesta direção, Cuéllar (2001, p. 33) destaca a necessidade de aplicação deste princípio de acordo com a sua feição hodierna e a sua necessária adequação ao texto constitucional vigente:

Embora os poderes sejam distintos e autônomos, cada qual exercendo sua competência privativa (que não pode ser invadida), a divisão e a independência dos poderes são relativas, visto que, além da colaboração mútua, há relacionamentos recíprocos e interferências entre eles, cada poder servindo de freio e contrapeso a outro poder, na busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e para evitar-se o arbítrio. Anna Cândida da Cunha Ferraz alerta que a Carta de 1988 disciplina de forma inovadora o princípio da separação de poderes, tendo evoluído a teoria da separação de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização cada vez mais acentuada destas cláusulas-parâmetros.

Assentada está, portanto, a conclusão de que o exercício da função normativa pelas agências reguladoras não configura qualquer afronta ao princípio da Separação dos Poderes, especialmente se considerarmos a necessidade de que este princípio seja reconhecido e aplicado sob sua feição mais contemporânea, em respeito à cooperação e à necessidade de uma normatividade mais ágil e técnica e, portanto, mais eficaz.

Esta necessidade de adequação da função normativa aos mandamentos técnicos e que sirvam a uma finalidade prática também trouxe para a discussão, no âmbito da reforma do

Estado brasileiro, a importância que deveriam ganhar outros órgãos encarregados de normatizar setores da economia ou relacionados a serviços públicos, por meio da regulação<sup>56</sup>.

Obstáculo a este exercício é o entendimento sobre o princípio da reserva legal (art. 5º, II, CF/88) segundo o qual a inovação no ordenamento jurídico, ou seja, a criação, modificação ou extinção de direitos só poderia ser realizada através de instrumento normativo primário, produzido pelo processo legislativo tradicional, por meio de representantes eleitos, especificamente por meio da lei. Assim, haveria vedação à inovação normativa por meio de instrumentos outros que não a lei.

Entretanto, o caráter inovação está presente em diversos instrumentos normativos que não a lei. Seria infundado pensar que a atividade normativa exercida por outros órgãos, seja ela por meio de delegação legislativa ou decorrente diretamente do texto constitucional, em absoluto darão azo à criação de mecanismos que não inovam, de alguma forma, no ordenamento jurídico.

Exemplo disto foi o que ocorreu com a Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da qual o referido Conselho proibiu a contratação de parentes até o terceiro grau de magistrados e de outros integrantes do Poder Judiciário estadual para ocuparem cargos de confiança, medida normativa de cunho não legislativo que veda a prática denominada de “nepotismo” e que teve a sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, em face da alegação de que dita norma estava a criar espécie de vedação (proibição de contratação) à prática de determinada conduta sem uma norma legal que a lastreasse.

Neste julgamento o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a norma impugnada tinha como fundamento direto o princípio da moralidade insculpido no art. 37 e, ainda, da prevista no art. 103-B, ambas do texto constitucional, tendo o relator destacado o entendimento firmado quando do julgamento do pedido liminar consoante a seguir transcrito:

---

<sup>56</sup> Sobre a crise da atividade legislativa, Duarte Jr. (2014, p. 142) descreve a reação tomada pelo Poder Legislativo que culminou com a seleção das matérias em que há necessidade de normatização por meio de lei (políticas), daquelas de cunho técnico e cuja regulação normativa poderia ser transferida à outros órgãos: “Ainda na tentativa de acompanhar a realidade, percebe-se que o processo legislativo não é rápido o suficiente nem o meio mais adequado para acompanhar certas demandas sociais e econômicas decorrentes, principalmente, de problemas de natureza técnica. Dessa forma, o Poder Legislativo começa a diferenciar as matérias de natureza técnica e as de natureza política, mantendo estas e delegando a normatização daquelas aos órgãos, públicos e privados, mais preparados, tanto em seu aspecto técnico quanto temporal”.

**EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. (...) A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. (...) (grifo nosso) (BRASIL, 2006)**

A origem constitucional da atividade regulatória outorgada às agências é reiterada pelo fato de que, se houvesse delegação, isto implicaria em controle pelo poder delegante (leia-se Poder Legislativo), tendo em vista a natureza precária da delegação e o caráter temporário deste instituto, elementos que não se coadunam com a norma constitucional e que, portanto, não são observados no Brasil.

Por outro lado, apesar da figura dos regulamentos autônomos ser admitida no Brasil em alguns casos específicos<sup>57</sup>, é necessário registrar, por fim, que a teoria do poder

---

<sup>57</sup> A inexistência de regulamentos autônomos no direito brasileiro na vigência do texto original da Constituição de 1988 constituía ponto de entendimento entre a doutrina jurídico-constitucional e a jurisprudência dos tribunais superiores. Entretanto, após a edição da EC nº 32/2001 Brasil (2001), passou-se a reconhecer, no Brasil, a possibilidade da existência de decretos autônomos ou independentes de autoria do chefe do Poder Executivo Federal e, pelo princípio da simetria, pelos Chefes dos Executivos Estaduais e Municipais, que tratassem da organização e funcionamento da administração pública, quando não implicar em aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como a possibilidade de ditas normas serem editadas para tratar da extinção de cargos públicos quando vagos (Art. 84, VI, “a” e “b”, CF/88). Neste novo contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de regulamentos autônomos, conforme relata Duarte Jr. (2014, p. 150): “O Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN) 3.254-ES, de relatoria da Min. Ellen Gracie, declarou constitucional, e na ADIN 2.857-ES, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, entendeu ser a possibilidade do art. 84, VI, “a”, uma hipótese de regulamento autônomo, mas sem força

regulamentar autônomo também não oferece uma resposta consistente para o enquadramento da atividade normativa das agências reguladoras, já que esta atividade está adstrita às finalidades constitucionais e que estão especificadas legalmente, de modo que trata-la como uma atividade livre poderia trazer “mais imprevisibilidade à atuação executiva reguladora, afetando direitos fundamentais dos cidadãos”. (GUERRA, 2010).

Neste sentido, importantes são as conclusões de Cuéllar (2001, p. 141) sobre o conteúdo e o alcance do poder normativo das agências reguladoras, abaixo transcritas na íntegra:

A competência normativa conferida às agências reguladoras brasileiras pelos diplomas legais que as instituíram, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível, para que tais entes possam desempenhar de maneira eficiente suas atribuições. No que tange à natureza dessa competência normativa, deve-se destacar, primeiramente, que não se trata de delegação de poderes legislativos. Independente da discussão doutrinária acerca da admissão ou não de delegação de poderes pela Constituição Federal de 1988, verificou-se que a própria natureza do ato de delegar não seria compatível com a natureza jurídica das agências reguladoras. Assim, uma vez que a delegação legislativa consiste em outorga temporária e excepcional de competência legislativa específica, afirmar que o poder normativo das agências deriva de delegação legislativa implicaria na possibilidade, ainda que teórica, de extinção da agência, em decorrência da cassação do poder delegado pelo delegante. Destacou-se que a competência regulamentar não é exclusiva do chefe do Poder Executivo, podendo os órgãos da Administração Indireta (neles compreendidas as agências reguladoras, criadas com natureza de autarquia especial) deter tal atribuição. Necessário observar, todavia, os limites da atividade regulamentar. No Brasil, o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais, a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário.

Destarte, mesmo não havendo vedação constitucional à delegação de funções de um poder para outro<sup>58</sup>, desde que isto não signifique renúncia à sua função primária prevista constitucionalmente, entende-se que o exercício da função normativa pelas agências

---

de lei. Para o Supremo, apesar de ser um caso de regulamento autônomo não há reserva de regulamento, o que possibilita a abordagem da matéria via dispositivo legal, com força a revogar regulamento anterior”.

<sup>58</sup> Segundo a doutrina que entende ser possível a delegação nestes moldes, isto se torna possível, pois, no caso das agências reguladoras, não há delegação de funções primárias pelo Poder Legislativo. Este tipo de entendimento já foi manifestado como possível pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 30.555. Além disto, a ausência de vedação constitucional a este tipo de outorga também configura um dos motivos que autorizam este entendimento, uma vez que o argumento de que o art. 25, da ADCT, vedaria este tipo de operação, não merece prosperar uma vez que este dispositivo teve eficácia retroativa, limitada no tempo (180 dias) e não ultrativa, justamente em função do que dispunha o AI nº 05, que transferiu diversas competências legislativas do Poder Legislativo para o Executivo. Se foi útil no contexto de redemocratização, hoje não está mais vigente e não haveria razão prática para tanto.

reguladoras está lastreado em dispositivo constitucional que garante ao Estado a competência normativa necessária do exercício da regulação econômica e de serviços públicos, nos termos do art. 174 do Texto Constitucional.

O exercício desta função, entretanto, deve se dar em consonância com os dispositivos legais vigentes e de acordo com as finalidades estabelecidas legalmente e no texto constitucional. Desta forma, apesar da inovação ser aceita no âmbito do exercício desta competência, ela não pode se dar de forma absoluta, mas deve estar adstrita aos padrões e finalidades em questão.

## 2.2 Conceito de legitimidade

O exercício do poder sempre esteve lastreado, ao fim e ao cabo, na coerção proveniente da utilização ou da possibilidade de uso da força pelo governante. Entretanto, o poder que se funda exclusivamente neste mecanismo de justificação, por certo, é considerado tirano, injusto<sup>59</sup>.

Assim, o desenvolvimento de mecanismos políticos que também sirvam de fundamento para o exercício do poder e, conseqüentemente, possibilitem um governo apoiado pelos súditos de forma consensual, foi necessário para que se considerasse um governo como bom, que gozasse de confiança e legitimidade dos súditos no passado e, muito mais, dos cidadãos no presente.

A aceitação do poder, portanto, não se dá somente pela possibilidade de se submeter a este por meio da força, sob pena de configuração de um poder tirânico. Esta aceitação deve se dar, prioritariamente, especialmente em se tratando de uma realidade em que os estados se considerem como de direito, por meio do exercício de um poder em conformidade com os dispositivos jurídicos que estatuem a forma de alçada ao poder pelos

---

<sup>59</sup> Faria (1978, p. 118) ao destacar a importância da contribuição de Weber para a questão procedimental e legal da legitimidade do poder, enquanto necessidade de se garantir elemento de dominação que seja voluntária e não lastreada na coerção física: “Foi Weber, basicamente, que equacionou de forma mais lúdica: se o Estado consiste numa relação de dominação do homem sobre o homem, fundado no instrumento de violência, ele só pode existir sob a condição de que os dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominados. Portanto, em que condições ele se submetem? E em que *justificativas internas* e em que *meios externos* se apoia essa dominação? Assim, se a ação política é, simultaneamente normativa – na medida em que implica a prescrição de uma conduta ordenada pelos detentores do poder, endereçada a certos acatadores de decisão, apoiada pela capacidade física de execução e sob uma ameaça implementável de alguma penalidade – torna-se essencial que todos estes elementos – comando, governante, governados, poder e sanção – estejam fundados em alguns princípios justificadores, pois a violência por si só não gera autoridade.”.

governantes, bem como por aqueles que se relacionam com os mecanismos de contenção da utilização deste poder.

A adesão a um determinado poder ou governo, portanto, implica no reconhecimento de que se trata de um governo justo, merecedor de aceitação e, portanto, legítimo<sup>60</sup>. Tanto pela sua forma de aquisição (conforme as normas legais) quanto pela correção das medidas adotadas durante o seu exercício.

O termo “legitimidade”, como destaca Cademartori (2006, p. 117), é carregado de valor, pois, “quotidianamente, dizer que um poder é legítimo equivale a assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação”.

A legitimidade configura, então, as razões pelas quais se obtém a obediência ao poder, de acordo com a sociologia Weberiana, pelo que se possibilita verificar distinção da dominação obtida pela adesão e não por intermédio da força. (CADEMARTORI, 2006, p. 121).

Nas sociedades ocidentais modernas, segundo esta teoria, o mecanismo de legitimação é a conformidade com a lei Cademartori (2006, p. 122):

Max Weber concebe os ordenamentos estatais das modernas sociedades ocidentais como formas de poder legal. A sua legitimidade funda-se então na crença na legalidade do exercício do poder. O poder legal apresenta um caráter racional pelo fato, dentre outros, de que a crença na legalidade dos ordenamentos estatuídos e na autoridade de quem exerce o poder possui uma qualidade diferente daquela crença alimentada perante o poder da tradição e do carisma. É a própria racionalidade intrínseca à forma do direito a que confere legitimidade ao poder exercido de formas legais. Como se vê, Weber sustentava uma concepção positivista do direito: o direito é apenas o que um legislador político (seja ele legitimado democraticamente ou não) estatui como direito segundo um procedimento juridicamente institucionalizado. Com essa premissa a forma do direito não poder mais extrair sua força legitimante de qualquer parentesco com a moral. É unicamente em base às suas propriedades formais que o direito deve poder legitimar um poder exercido legalmente. Segundo Weber, o direito dispõe de racionalidade própria independente da moral.

Legalidade e legitimidade, portanto, passam a se confundir, pois a adequação às

---

<sup>60</sup> Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 20) destacam que o estudo da legitimidade e a utilização desta expressão sempre foi relegada pela ciência do direito a um patamar inferior. Indigno a mesma atenção dada a outras questões, de forma que a sua análise e o debate sobre este instituto foi restrito ao âmbito da filosofia e da política: “Não obstante a importância do seu uso dogmático, a ciência do direito, contudo, tende a relegar, tecnicamente, a expressão **legitimidade** para o limbo da filosofia e da política jurídicas. Na verdade, este termo, operacionalmente fundamental até o século XVIII, foi progressivamente sendo substituído a partir do século XIX por outras fórmulas. De mais evidência passou a ser a expressão validade (...)”. Portanto, percebe-se que a ciência do direito preferiu simplesmente igualar a legitimidade à validade. Ocorre que, com o passar dos anos e a colocação em cheque dos sistemas representativos democráticos e os reconhecidos defeitos inerentes à democracia direta, o tema da legitimidade parece nunca ter perdido sua importância para a ciência do direito, mesmo porque, como se verá, todas as normas existentes em determinado ordenamento de direito carregam o seu fundamento de legitimidade, assumindo este instituto, ainda mais importante, quando se trata de discutir os fundamentos de legitimidade das normas primárias, as normas constitucionais.

disposições normativas ou jurídicas, aqui considerando a evolução do princípio da legalidade para o que hoje se considera como juridicidade<sup>61</sup>, já conduz à legitimidade, especialmente em face da despersonalização do poder republicano.

Portanto, a legitimidade, por esta perspectiva, implica na consideração de justiça àquilo que está em conformidade com as normas jurídicas em geral.

Entretanto, esta aceitação ao comando, que significa a sujeição pacífica ao poder, pode se dar por diversos fundamentos, em função do reconhecimento da adequação do poder e da sua forma de exercício a determinados valores (bem-estar social, justiça social etc.), a adequação das medidas governamentais à vontade da maioria (vontade popular, vontade geral etc.) e à eficiência e racionalidade das medidas estatais no atingimento das finalidades (desenvolvimento econômico e social etc.), por exemplo.

Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 15) destacam que o sentido ético da legitimidade, ou seja, não vinculado à legalidade ou a qualquer mecanismo procedimental, estava atrelado a um conceito ético estabelecido acima da moralidade real dos governos e de suas leis. Entretanto, a partir do Séc. XIX, começam a surgir diversas teorias “do reconhecimento”, que fizeram a vinculação entre as decisões e leis do governo e a sua aceitação, conforme transcrito abaixo:

A expressão, no sentido ético de critério superior de moralidade acima da realidade factual dos governos e suas leis positivas, teve voga na Idade Média, em contraposição ao tirânico e à tirania. Usada para qualifica-los negativamente – governo tirânico como ilegítimo –, ela foi perdendo, pouco a pouco, o estrito sentido moral e adquirindo mais uma conotação empírica que, se não perde de todo o sentido ético, passa a referir-se cada vez mais a certas condições empíricas, como sustentação popular, democracia representativa, procedimentos e decisões com base em regras – leis –, Estado de Direito etc. Isto ocorre, mormente, a partir do século XIX, quando surgem as diversas “teorias do reconhecimento”, segundo as quais o qualificativo de legítimo cabe à lei ou ao ordenamento em geral ou ao governo e suas decisões na medida em que eles são aceitos. (LUHMANN, 1969 p.27; RADBRUCH, 1963, p.177; WEBER, 1976, p. 126 apud. FERRAZ JR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989).

---

<sup>61</sup> Sobre a evolução do conceito de legalidade como princípio constitucional geral, pontua Ramos (2012, p. 409): “Dessarte, complementando o que já dito de início, volta-se a ressaltar que em tempos contemporâneos, a legalidade é traduzida não apenas pela concordância do preceito legal com a ação implementada, mas também pela conformidade com os valores e princípios constitucionais. (...) É possível afirmar então que, hoje, a legalidade compreende não apenas a relação de poder com a lei estabelecida, o que só pode ser medido dentro dos limites do direito positivado, mas, para além, destas fronteiras, representa, sobretudo, compatibilidade com um determinado sistema de valores eleitos pela sociedade. Em apertada síntese, e para concluir este tópico, nos parece bastante adequado considerar que a evolução histórica da ideia de legalidade libertou o conceito dos grilhões de mera noção de primado da lei, transportando-o para uma patamar que exige, hoje, uma perfeita sintonia com os conceitos de legitimidade e licitude, naturalmente reconhecendo e celebrando a supremacia normativa do direito constitucional como corolário do próprio Estado de Direito”.

Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 16) no entanto, reconhecem que o estabelecimento/escolha dos fundamentos da legitimidade, segundo determinados valores ou finalidades enfrenta como obstáculo a vagueza destes valores e servem, reiteradamente, para uma utilização retórica na busca de um consenso ou de uma aceitação pelos grupos que se encontram em lados opostos das relações de poder e, ao mesmo tempo, servem para dar à legitimidade um lado, ao sabor da conveniência do enquadramento do conceito/valor em cada discurso político dos grupos confrontantes:

Essas fórmulas, sempre acompanhadas de extensas e por vezes complicadas demonstrações, são tomadas, contudo, no seu uso retórico, de forma difusa e numa abrangência conotativa e denotativamente imprecisas. Ou seja, constituem respectivamente, conceitos pouco rigorosos e sentidos de extensão incerta, incidindo sobre situações objetivas até contraditórias. (...) O uso ambíguo e vago da expressão reforça, no entanto, o seu desempenho comunicativo, faz dela um instrumento sedutor na práxis político-jurídica, permitindo, de um lado, que interesses nem sempre comuns possam ser trazidos a um denominador compatível que favorece o mútuo entendimento entre facções diferentes e até divergentes, com a finalidade de produzir ação política convergente sem que as facções sejam obrigadas a especificar seus próprios interesses e matizes. De outro lado, permite também a postura crítica e a avaliação negativa dos interesses e das ações dos grupos divergentes que, no específico e fundamental, podem, então, assumir seus próprios valores como autênticos e os dos outros como inautênticos. Nesse sentido a expressão legitimidade tem a força sedutora de um lugar comum, que todos podem reclamar para todos e para cada um *de per se*: todos são favoráveis ao legítimo contra o ilegítimo, a legitimidade é ponto de partida comum para o desenvolvimento de argumentações, cujas especificações, ainda que divergentes, não põem em risco o ponto de partida.

Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 22) tratam, em seguida, do sentido dogmático da legitimidade, de forma a equipará-lo à validade e, por sua vez, esta validade pressupõe a observância de procedimentos e competências estabelecidas num determinado ordenamento jurídico de forma a obter-se a “neutralização” dos argumentos de desilusão que a norma possa gerar ao ser editada ou após isto:

Para cumprir este objetivo propomos, inicialmente, que o termo legitimidade seja, para as constituições e suas normas, tomado como equivalente de validade. Esta equivalência precisa ser esclarecida. Que uma norma qualquer vale, significa que ela pertence ao ordenamento por força de procedimentos e competências pressupostos para a sua edição. Este é o sentido usual e dogmático de validade. De um ângulo explicativo e pragmático (Ferraz Jr., 1988:97) podemos dizer que uma norma vale na medida em que asseguram-se expectativas entre o emissor e o receptor das normas mesmo contra a fatualidade da desilusão de expectativas. (...) Assegurar significa neutralizar os comportamentos desiludidores, os quais, então, ainda que ocorram, não contam perante a expectativa do emissor. Diz-se, assim, que entre a expectativa do emissor e o comportamento desiluidor do receptor estabelece-se uma relação de imunização.

Esta condição de imunização, então, se baseia em normas denominadas como de “calibração” que, nos sistemas jurídicos positivos e que se moldam de acordo com a teoria

piramidal kelsiana, são as constituições, de modo que assim prosseguem Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 22):

Por legitimidade devemos, pois, entender o modo como se estabelece uma neutralização, primeira e fundamental, de justificativa de expectativas constitucionais contra argumentos desiludidores que, ainda que propostos, são desacreditados.

Então, o problema residiria no fundamento da legitimidade destas normas de calibração, uma vez que se tratam de normas de origem, ou seja, as primeiras normas provenientes e um poder geralmente denominado de “constituente” e que, portanto, não pode buscar a sua legitimidade em outras normas, mas sim em regras ou princípios legitimantes, de modo que este autor estabelece, então, a diferenciação na legitimidade das diferentes normas, colocando os fundamentos diferenciadores com base na equiparação da legitimidade com a validade Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 23) afirmam que:

Neste sentido, deve-se dizer que, à diferença das demais normas, que se constatam (verificam-se, testam-se) como válidas ou inválidas, constituições e normas constitucionais legitimam-se. Enquanto, pois validade é, operacionalmente, um conceito retrospectivo – examina-se validade, retrospectivamente, até a sua origem -, legitimidade é um conceito, operacionalmente, prospectivo – encaminha-se legitimidade, prospectivamente, até as suas consequências.

Este conceito operacional de legitimidade é deveras importante para o presente trabalho, uma vez que, como visto, a legitimidade deve ser aferida, especialmente, em face da imunização de provoca nas resistências e questionamentos apresentados pela sociedade em face de uma determinada norma, pelo que a legitimidade passa, então, a ser examinada em seu caráter prospectivo, pelo que, neste ponto, conclui os autores sobre o que denomina de responsabilidade dogmática que assim relatam Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 23):

Esta função operacional da legitimidade corresponde ao que chamaríamos de **responsabilidade dogmática**. (...) o uso dogmático é operativo e interior à prática constitucional, orienta um procedimento: para a dogmática, legitimidade é sempre legitimação e nisto está a sua responsabilidade. (grifo nosso)

Apesar desta visão pragmática e operacional da legitimidade que, para normas infraconstitucionais, é equivalente à validade e da diferença observada entre o fundamento de legitimidade destas normas e das normas constitucionais, para o cerne deste trabalho, que envolve a legitimidade das normas infraconstitucionais (regulamentos provenientes das agências reguladoras por exercício da sua função normativa), faz-se necessário destacar, dentre as regras legitimantes que estes autores reconhecem como aptas para sustentar a legitimidade de normas constitucionais (primárias e que, portanto, não arrancam validade

normas hierarquicamente superiores do sistema jurídico) a denominada “regra da participatividade”.

De acordo com Ferraz Jr, Diniz, e Georgakilas (1989, p. 25):

Uma constituição, porém, enquanto prática fundamental de convivência, discrimina o lugar da cidadania – a esfera do que é público – e preserva, para cada um, a possibilidade de viver outros espaços, não políticos, não públicos, mas privados. Embora todos os membros da sociedade viviam no espaço público, não vivem nele permanentemente. Cabe à constituição organizá-los. Reconhecer isto é aplicar uma **regra de participatividade**. Com isto temos outra dimensão da legitimidade. Uma constituição é legítima na medida em que permita uma prática em que os membros da sociedade, desiguais nas suas capacidades, nas suas virtudes, nos seus desempenhos, mantêm-se como tais na sua esfera privada de ação e, ao mesmo tempo, são iguados como cidadãos na realização de uma iniciativa que lhes é comum. (grifo nosso).

Diante de todo o ora tratado nesta parcela do presente trabalho, não há como ignorar a importância que a equiparação da legitimidade e da validade trouxe aos ordenamentos jurídicos atuais, especialmente nos estados democráticos, sejam eles procedimentalizados por democracias diretas, indiretas ou semidiretas, uma vez que a constituição, pressupõe-se, foi elaborada de acordo com regras e procedimentos de legitimação que garantem a eficácia dos seus dispositivos e, prospectivamente, esta legitimidade é irradiada por todo o ordenamento dela derivada e que sobre ela se sustenta.

Assim, uma vez observada a constituição e as normas infraconstitucionais legitimadas por procedimentos que, ao fim e ao cabo, se sustentam em mecanismos democráticos (de representação ou diretos), são válidas as normas produzidas e, portanto, devem gozar de legitimidade, instituto este que lhe garantirá efetividade com a redução de expectativas contrárias e de questionamentos.

Entretanto, em face da crise de representatividade vivida pelos sistemas político, a legitimidade equiparada à validade e esta, por sua vez, vista como adequação aos procedimentos normativos estabelecidos, já pode não ser mais suficiente para alcançar a mencionada “neutralidade” ou para debelar as resistências à norma, necessárias a produzir a sua efetividade/aceitação, em função de que outros mecanismos de reforço à legitimidade podem ser necessários, sem, no entanto, subverter a lógica do sistema.

Isto é que será abordado adiante, com a verificação de outros mecanismos de legitimação nos processos normativos, ainda naqueles considerados preponderantemente técnicos e que, portanto, detém como fundamento de sua legitimidade - isto não se discute com o presente trabalho -, uma finalidade determinada através de mecanismos democráticos

(leis produzidas pelo parlamento eleito) ou baseados em consideráveis regras de legitimidade estabelecidas em normas primárias, como as constituições.

### **2.3 Legitimidade x Legitimação**

Como dito, o tema em análise importa, em última instância, na discussão sobre os mecanismos que levam à aceitação do exercício do poder. Destaque-se, entretanto, que esta aceitação, na atualidade, deve se dar por meio de mecanismos normativos cujos procedimentos são provenientes de um consenso entre os verdadeiros titulares de todo o poder, o povo.

Assim, a legitimidade, com sua característica prospectiva, a teor do destacado no item anterior deste trabalho, pode ser entendida como um produto, obtido a partir do momento da tomada de decisão e verificável também a partir da vigência desta norma, como expressão de poder, para o futuro.

A constatação da legitimidade-produto de um determinado ato, então, passa a depender de diversos fatores que se entrelaçam a partir do início de um procedimento destinado a conferir-lhe esta qualidade, seja o instrumento um ato administrativo ou a uma norma legal ou infra legal, de acordo com a percepção dos atores sociais.

A obtenção da legitimidade dependerá, portanto, das qualidades inerentes a todo um processo endereçado à obtenção de uma decisão com efeitos jurídicos, processo este que também deve partir de regras sobre as quais os atores sociais estejam em consenso.

Logo, é possível perceber as diferenças básicas, mas essenciais, entre “legitimidade” e “legitimação”. Enquanto que aquela é entendida como um produto do processo decisório e que pode ser identificada a partir da verificação da adesão dos atores sociais à determinada norma ou ato produzido a partir de um procedimento sobre o qual se detém consenso acerca de suas etapas e instâncias, a legitimação é entendida como o procedimento propriamente dito, direcionado para a obtenção de uma finalidade, que é a produção de uma decisão (encartada, no estado de Direito, num dispositivo legal ao qual a legislação estabelece as qualidades necessárias à produção de efeitos jurídicos) capaz de neutralizar as possibilidades de frustração das expectativas que gravitam em torno desta norma e, portanto, minimizando os questionamentos sobre ela.

A legitimidade-produto é a aceitação sobre o ato, decisão ou norma, enquanto que

a legitimação pode ser entendida como um processo, baseado em consensos, cujo objetivo é a obtenção da legitimidade e, neste momento, ainda não discute se essa legitimidade deve ser obtida apenas através de instrumentos internos ao sistema legal ou se deve considerar outros mecanismos exteriores a este sistema, como valores de interesses ainda não positivados.

Cademartori (2006, p. 120) estabelece claramente a diferença entre legitimidade e legitimação:

Da mesma forma, Ferrari preleciona que a legitimação pode ser entendida como o processo que induz à legitimidade, embora ele prefira manter a distinção nos seguintes termos: o estudo da legitimidade do poder resolve-se no quesito *a quem obedecer?*, ou no quesito paralelo *por que obedecer?*, os quais são subespécies do quesito mais geral *obedecer (ou não)?* Já o estudo da legitimação do poder resolve-se no quesito *quem obedece, como e por quê?*. Assim, neste estudo manter-se-á a diferença entre os termos reservando-se o significante *legitimidade* para o resultado de um processo de obtenção de consenso ou adesão (traduzidos em obediência) chamado *legitimação*.

Duarte Jr., (2014, p. 49) também resume esta diferenciação, ainda que considerando a legitimidade sob uma perspectiva de valores<sup>62</sup>, obtida através de mecanismos que os captem para além dos valores que já constam do sistema de normas positivadas, mas caminhando no mesmo sentido de considerar a legitimação como um procedimento destinado a avaliar e obter o produto legitimidade:

A diferença básica entre legitimação e legitimidade é: enquanto esta condiz ao juízo de valores acerca da validade de um ordenamento jurídico, tendo na base a justificação democrática, perceptível através de aspectos normativos, a legitimação consiste no procedimento de avaliação do consenso fático ou aceitação sociológica para se alcançar legitimidade.

Ao fim, este mesmo autor ressalta o elemento do consenso que deve estar presente no procedimento destinado a obter a legitimidade, esta entendida como um produto, a adesão ao ato de poder, e arremata Duarte Jr. (2014, p. 49) relata que:

A legitimação pressupõe o consenso: a adesão buscada pelo poder, através de um processo, que culminará na legitimidade do poder. A legitimidade é resultado de um processo de obtenção do consenso ou adesão chamado legitimação. Ou seja, a legitimação é um processo que deduz a legitimidade.

---

<sup>62</sup> Faria (1978, p.121) destaca que a legitimidade está diretamente ligada a um conjunto de determinados valores que conferem à lei uma autoridade baseada em opiniões, argumentos e valores e que, uma vez preservada a autoridade da lei, afasta-se a utilização de um poder autoritário: “Assim, a ideia que se tem de legitimidade é a de que tal conceito pressupõe um conjunto de valores, por meio do qual os sistemas jurídicos e políticos se revestem de um componente de autoridade, que os torna aceitos independentemente do uso da força. O aparecimento do conceito de autoridade não significa que desapareça a necessidade do uso da força mas, inegavelmente, onde há autoridade, a força é minimizada e desempenha um papel acessório. Conseqüentemente, onde não há autoridade, a força aparece muitas vezes como sinônimo de violência, especialmente quando se tem em vista uma ordem simplesmente imposta ou o prevailecimento da vontade dos mais fortes. (...) Portanto, se a noção de autoridade pressupõe uma quantidade de opiniões, argumentos e apoio”.

Diante disto, não há como olvidar a importância que o Estado de Direito detém neste cenário, pois configura como elemento essencial de legitimação do poder, desde que o seu exercício se dê em conformidade com as determinações jurídicas e os representantes que o exercem em nome do seu titular, o povo, tenham alçado aos cargos de representação de acordo com os procedimentos estabelecidos para tanto e sobre os quais repousem o consenso dos atores sociais.

Todo o conjunto normativo que, no atual Estado de Direito, serve para limitar o exercício do poder pelos representantes do seu titular e fazer com este poder seja operado de acordo com as normas sobre as quais se obteve um consenso prévio, confere importante grau de legitimação a esse poder enquanto atividade.

Sobre o tema, consistentes são as lições de Chevallier (2013, p. 57):

Todavia, cobrindo o exercício do poder como um véu protetor trazendo-o à norma e 'des-realizando' suas manifestações tangíveis, o Estado de Direito contribui para sua *legitimação*: aos comandos do poder é assegurada, de pleno direito, a legitimidade, já que são reportados a uma ordem normativa abstrata e objetiva; e aqueles que estão habilitados para falar em nome da lei se beneficiam por projeção do capital de autoridade da qual ela está investida. Esse processo funciona de maneira tanto mais eficaz quanto o direito é colocado como uma realidade exterior e superior ao Estado: em se conformando ao direito, o Estado se coloca por si mesmo sob o império da ordem objetiva da qual o direito é o produto; ele se apresenta como o produto da "Natureza" ou o reflexo da "Sociedade". A mistificação do direito desemboca, assim, na *mistificação do poder*: apagando-se detrás do direito, os governantes transferem para sua pessoa os atributos eminentes dos quais ele é dotado, pondo o seu poder ao abrigo de toda contestação. O Estado de Direito aparece, sob esse ângulo, como indissociável de um modo de legitimação 'legal-racional' (M. Weber), no qual a autoridade dos governantes, e de forma mais geral, o conjunto dos órgãos do Estado, está fundada em um estatuto legal.

O estabelecimento e a concretização do Estado de Direito, portanto, possibilita a utilização de mecanismos concretos de legitimação do exercício do poder e incrementa o reconhecimento deste poder como legítimo, desde que o seu exercício se dê em consonância com os ditames legais e normativos preestabelecidos e sobre os quais se pressupõe um consenso que, então, garantem a adequação deste exercício às regras estabelecidas direta ou indiretamente pelo povo.

Portanto, as diferenças entre a legitimidade e a legitimação restaram bastante evidentes até aqui, de forma que aquela deve ser compreendida dentro de um conceito de produto, aferível através a adesão/aceitação dos atores sociais envolvidos/subordinados a determinada norma, lei ou ato administrativo. A legitimação, entretanto, com esta não se confunde, pois deve ser mais bem compreendida como uma atividade ou um processo que

visa conferir à legitimidade-produto a referida aceitação ou adesão. É a legitimação que confere à legitimidade a qualidade essencial que torna o ato, lei ou norma aceito e, conseqüentemente, estabelece o mecanismo de adesão.

## 2.4 A legitimação pela função

É cediço que a regulação técnica tem por finalidade a busca de uma intervenção estatal ou de um direcionamento econômico pelo Estado em que se privilegia a eficiência, frente à necessidade de se estabelecer comandos e normas adequadas sob o aspecto técnico e que permitam o desenvolvimento de atividades econômicas ou a prestação de serviços públicos de forma adequada às novas necessidades da população e em face às dificuldades do Estado em atendê-las qualitativamente e quantitativamente<sup>63</sup>.

Para o alcance deste objetivo é inegável que uma normatividade atualizada e perfeitamente adequada aos ditames tecnológicos constitui elemento fundamental e a escolha política de deslocamento desta produção para um órgão afastado do controle político demonstra o reconhecimento das dificuldades de se submeter esta atividade aos órgãos tradicionais no Estado e que deixar que o próprio mercado se autorregule também já demonstrou ser inadequado<sup>64</sup>.

Assim, a partir da eleição destes objetivos pelo legislador e da outorga de competências às agências, não há como negar que se outorgou legitimidade a estes órgãos reguladores para o desempenho de todas as suas funções, notadamente para o desenvolvimento de sua função normativa, traço distintivo destas autarquias no Brasil.

O elemento legal e a disposição constitucional acerca do papel do Estado regulador e diante das reformas que estabeleceram e delimitaram estas competências, para o

---

<sup>63</sup> Sobre a matéria é relevante a contribuição de Justen Filho (2002, p. 358): “Mas a introdução das agências também permite novas soluções para promover as implementações do interesse público, em face das dificuldades enfrentadas na dinâmica dos poderes clássicos. As agências são estruturas burocráticas não enquadradas na estrutura hierárquica dos poderes tradicionais. Recebem competências de diversa ordem para fiscalizar a formulação de decisões políticas, verificar o cumprimento dos deveres institucionais por parte das autoridades públicas, promover a implementação de valores fundamentais consagrados constitucionalmente, concentrar conhecimento técnico e a produção de decisões dele derivadas e assim por diante.”

<sup>64</sup> Justen Filho (2002, p. 358) assim se manifesta sobre a matéria: Acima se rejeitou a concepção de que o mercado é apto a produzir autonomamente a correção para os defeitos pontuais e concretos. Também se divergiu da concepção de que o processo político se encarrega, por si só, de eliminar desvios atinentes à realização dos valores fundamentais à sociedade. Na mesma linha, opõe-se à ideia de que a produção de regulação pode ser atribuída aos órgãos tradicionais do Estado, resolvendo-se as dificuldades e problemas através do funcionamento *natural* do processo governativo. A atribuição de poderes regulatórios aos parlamentos e governos resulta na geração desordenada de regras..

devido desempenho destas funções, faz-se necessária a concessão dos instrumentos jurídicos e políticos que possibilitem um desempenho eficiente das agências<sup>65</sup>.

Esta legitimidade é tratada por alguns como legitimidade pela eficiência, pois deriva diretamente da finalidade a que se destinam as agências reguladoras. Neste sentido Cuéllar (2001, p. 133) destaca que a o poder normativo das agências deriva da sua finalidade (órgão eminentemente voltado para a eficiência), da sua forma de atuação (neutra, técnica, imparcial) e por terem sido instituídas mediante leis derivadas do parlamento eleito que estabeleceram e vincularam estas agências a determinados objetivos (opções políticas):

Então, apesar de a legitimação da atuação normativa dos entes reguladores não decorrer de representação democrática, uma vez que é indispensável aos entes reguladores a emissão de atos normativos, poder-se-ia afirmar que **a legitimidade da detenção de poder normativo por parte das agências reguladoras brasileiras decorre quicá do próprio fim a que se destinam** – a busca da eficiência, **da forma de atuação das mesmas** (imparcial, técnica, politicamente neutra) e **da forma pela qual são instituídas** (lei aprovada pelo Parlamento). **A legitimação da competência normativa dos entes reguladoras advém, também, da natureza das próprias atividades que exercem.** Como as agências possuem atribuições relevantes (cite-se, em especial, aquelas relativas à regulamentação da atividade econômica) e a investidura nestes órgãos vincula-se exatamente à natureza das atividades que desenvolvem (daí seu caráter especializado e técnico), **a legitimação de sua composição e atuação decorre da missão que lhes é conferida pelos diplomas legais que as instituem.** Está-se, então, diante da hipótese de ‘legitimação pela função’, para utilizar a terminologia empregada por Michele Passaro, ao abordar as autoridades administrativas independentes italianas, órgãos com incumbências análogas às das agências reguladoras brasileiras. **Ou seja, as próprias atividades desempenhadas pelos órgãos reguladores, em razão de sua importância e relevância, confeririam legitimidade a tais entes, bem como justificariam a detenção por eles de poder normativo.** (grifo nosso)

Avaliando a questão da legitimidade das agências com base no exposto acima, ou seja, a legitimidade decorrente da função/finalidade, por meio do qual se conclui que as decisões tomadas pelas agências gozariam, em tese, de aceitação pelo simples fato de executarem opções políticas estabelecidas legalmente e de fazê-lo de forma mais eficiente do que se observaria através dos mecanismos políticos tradicionais, Justen Filho (2002, p. 380) critica esta teoria e destaca que as decisões das agências não se legitimam somente desta forma, sendo indispensável que estas autarquias busquem formas de legitimação democrática:

<sup>65</sup> Esta necessidade de agilidade e eficiência na atuação dos Estados foi percebida em todo o mundo ocidental, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, como assevera Aragão (2000, p. 275): A partir principalmente do Segundo Pós-Guerra, o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados. A tecnologia jurídica até então predominante, com suas regulamentações genéricas para todos os setores sociais, começou a se transformar para enfrentar os novos desafios. Surgiram órgãos e entidades dotadas de independência frente ao aparelho central do Estado, com especialização técnica e autonomia normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda do interesse público juridicamente definido.

Essa é uma abordagem muito perigosa do instituto das agências. Está subjacente a esse enfoque a tese de que as agências podem merecer aprovação equivalente a do Legislativo e que a soberania popular pode ser substituída pela eficiência governativa. A proposta da legitimação pela eficiência é uma versão atualizada de propostas políticas autoritárias, que tiveram grande prestígio há alguns decênios. Mesmo no Brasil, o grande argumento a favor da legitimação dos governos militares foi a produção do *milagre econômico*. A supressão das liberdades era justificada como o preço a pagar pela eficiência econômica. A falsidade do argumento se revelou evidente em todos os casos, nos mais diversos países. Mais do que isso, a proposta da legitimação pela eficiência foi responsável por enormes tragédias políticas e por crimes irreparáveis e imperdoáveis contra a Humanidade. Com isso, afirma-se que a eficiência gerencial nunca poderá gerar legitimação política nem substituir o princípio fundamental da soberania popular. Não se nega, com isso, a utilidade de modelos organizacionais que compreendam instituições tais como as agências. O que é indispensável é reconhecer que as agências devem se inserir num ambiente democrático e sujeitar-se a instrumentos de controle similares aos previstos para todos os centros de poder (político ou não). Mais ainda, é indispensável que se vincule o projeto governativo da agência ao postulado da soberania popular. A atuação da agência apenas pode justificar-se como instrumento alternativo para melhor realização dos valores constitucionais consagrados pelo povo. O argumento da eficiência gerencial não poderá afastar os controles democráticos sobre órgão estatal algum. E a necessidade de controle será tanto maior quanto mais relevantes o forem as competências atribuídas a determinados órgãos.

Entretanto, certo é que as opções políticas que delimitaram as competências das agências reguladoras foram realizadas através dos instrumentos democráticos postos à disposição dos representantes do povo pela Constituição e, portanto, faz todo sentido pragmático colocar à disposição destas autarquias todos os mecanismos necessários ao desempenho destas funções.

Ocorre que a eficiência da regulação não pode ser garantida apenas com a colocação dos mecanismos legais à disposição dos agentes reguladores, pois para que se tenha uma regulação eficiente há necessidade de superação de um problema estratégico, que é o problema da adesão<sup>66</sup> dos regulados à função reguladora, especialmente no que se refere à função decisória e, ainda mais destacadamente, à função normativa.

---

<sup>66</sup> Tratando sobre o que denominou de “neorregulação” Mendonça (2014, p. 415) propõe alguns mecanismos para a superação dos problemas atuais a atividade regulatória da economia e, para apontar alternativas, resume os problemas da regulação atual a (i) informação e (ii) adesão: “Os dois principais problemas da regulação pública são (i) a *informação* e (ii) a *adesão*. (...) A inovação – tecnológica e social – surge, também e especialmente, a partir dos espaços deixados pelo acaso. Um regulador inteiramente informado é um regulador poderoso demais. Sob a perspectiva de o regulador público, no entanto, não ter acesso a toda a informação relevante, ou não conseguir operá-la, é problemático. É fonte de erros, que acabam sendo repassados para toda a sociedade. Um regulador desinformado é um regulador ruim. O problema da (ii) adesão é parente próximo ao da informação. O regulador deve contar com algum nível de adesão dos regulados à sua pauta de ação. O mercado regulado aceita o regulamento proposta pela agência, ou a norma é objeto de rejeição? É claro: críticas sempre existirão, e faz parte do agir estratégico do mercado regulado que existam. O ponto é outro. Trata-se de diferença de grau. Um regulamento radicalmente contestado pelo mercado é, potencialmente, um regulamento inefetivo.”

## 2.5 Necessidades de acoplamento de outros mecanismos de legitimação

Nomeação dos dirigentes realizada pelo Congresso Nacional, mediante sabatina, após indicação do Chefe do Executivo garante um incremento de legitimidade democrática às Agências Reguladoras (Art. 5º, Lei 9.986/2000), mas para alguns, este incremento se dá apenas no que se refere às funções executivas e não às normativas, conforme afirma Silva (2004, p. 306):

A legitimação democrática da atuação das agências reguladoras passa pelo processo de indicação e aprovação de seus dirigentes, já que estes exercerão competências delegadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse aspecto, é exemplar o processo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, ao menos no âmbito federal, que, como regra, prevê que a indicação dos diretores das agências será feita pelo Presidente da República, mas sua nomeação dependerá da chancela do Senado Federal. (...) Tanto a iniciativa do Executivo para a criação da agência como o processo de nomeação de seus dirigentes prestam-se à legitimação das competências executivas pela mesma exercidas. Todavia, tais mecanismos não legitimam as competências normativas atribuídas aos entes reguladores.

É que este autor é adepto da teoria da delegação de poderes normativos e, sob esta perspectiva, aduz que a função normativa das agências somente poderá ser considerada legítima se estas autarquias observarem padrões de delegação que tenham sido apresentados de forma precisa pela legislação através de princípios e diretrizes suficientemente claros e, portanto, aptos a vincular a atuação normativa destas autarquias especiais às finalidades constitucionais e legais Silva (2004, p. 306):

A delegação de competências normativas deve ser estabelecida por ato específico, emanado do Poder delegante, o qual estabelecerá os limites em que será legítima a atuação do ente delegatário. (...) No caso específico das agências reguladoras a exigência de previsão dos limites de sua atuação normativa é decorrência mesmo de uma das razões de sua criação, consubstanciada na existência de um ente personalizado capacitado de adotar, em cada caso concreto, as *medidas técnicas* capazes de realizar concretamente as finalidades legais.

Para este autor, esta legitimação, no entanto, é apenas abstrata. Prossegue afirmando que num Estado Democrático de Direito, esta legitimação não é suficiente. Há a necessidade de mecanismos de legitimação em concreto quando a atuação normativa das agências puder implicar em afetação aos direitos dos administrados:

Entretanto, se a delegação executiva, a nomeação democrática dos dirigentes das agências reguladoras e, principalmente, a existência de um ato de delegação legislativa que reflita os referidos requisitos confere *legitimidade abstrata* às agências para editarem determinadas normas de conduta, tais requisitos, no entanto, não são bastantes para que se vejam atendidos os imperativos democráticos de um Estado de Direito. De acordo com a corrente lição acerca da democracia, no âmbito de um Estado que se proclame democrático o Poder Estatal emana do povo, e é exercido pelo povo, em seu proveito. Como salientado por Hans Kelsen,

‘democracia significa identidade entre governantes e governados, ente sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo’. Dessa forma, o exercício do poder estatal por determinadas pessoas exige que estas possuam legitimidade para tanto, sendo que tal legitimidade somente lhes pode ser deferida pelo próprio povo, destinatário da atuação do Estado. Uma vez asseverado que em um Estado democrático o poder emana do povo, é exercido pelo povo e para o povo, nota-se que sempre que a Administração Pública vier a intervir no exercício de direitos por parte dos indivíduos a *legitimidade de tal atuação deverá emanar do próprio povo*. (Silva, 2004)

Neste sentido, o autor prossegue afirmando que além da *legitimação em abstrato*, que é conferida pelo aparato legal e a sua decorrência das normas democráticas e de procedimentos estabelecidas na constituição e na lei, faz-se necessário que se obtenha a *legitimação em concreto* que, nos regimes democráticos, pode ser alcançada por intermédio da instituição de procedimentos a serem observados pela administração quando da edição destes normativos ou por meio de instrumentos de controle desta produção que permitam a participação dos administrados.

Assim Silva (2004, p. 312) denota que:

Nota-se, portanto, que a par de uma legitimidade abstrata do exercício do poder, o Estado Democrático de Direito demanda uma *legitimação concreta* deste, a qual é alcançada por intermédio da procedimentalização de determinadas atuações estatais ou a existência de processos de controle na produção de alguns atos a serem praticados pelas autoridades administrativas, os quais venham a interferir em sua esfera jurídica.

Sobre esta necessidade, esclarecedoras são as lições de Duarte Jr. (2014), por meio da qual este autor reitera a necessidade de uma legitimização externa das normas jurídicas emanadas pelas agências reguladoras por meio de instrumentos que selecionem e institucionalizem as expectativas constantes da sociedade. Este procedimento normativo, então, deve estar aberto aos influxos de demandas da sociedade:

No Estado Democrático de Direito contemporâneo, as normas jurídicas são a própria expressão da força estatal e, por isso, devem ser legítimas – o que não se confunde com legalidade. A legalidade é observada sob o aspecto interno ao sistema, na observância às regras e princípios constitucionais (“regras do jogo”); enquanto a legitimidade, em uma perspectiva externa ao sistema normativo, no qual os valores, interesses e expectativas serão introduzidos naquele (criando normas jurídicas), através da observância de procedimentos, previamente positivados pelo sistema. É a legitimidade sendo extraída, de certa forma, da legalidade. Os procedimentos atuam na redução da complexidade na esfera pública, selecionando e institucionalidade (sic) as expectativas geradas na sociedade. Assim, precisam estar abertos aos diferentes discursos, em um ambiente cada vez mais plural, e garantir mecanismos de participação pública e deliberação. (DUARTE JR., 2014, p. 76),

Sobre esta temática, é importante ressaltar que o reconhecimento da necessidade de mecanismos de legitimização concreta também se observa nos Estados Unidos da América,

uma vez que neste País foram instituídos diversos instrumentos de participação dos administrados na produção normativa das agências reguladoras, sem os quais as normas são consideradas inválidas.

Estes mecanismos, ademais, se revelaram aptos a produzir legitimidade aferível por meio da apenas eventual discussão destas normas no âmbito judicial (medida relacionada à constatação do objetivo de neutralização). A preocupação do Estado americano com a adoção destes procedimentos esta relacionada com a efetividade do seu processo de elaboração, conforme destaca Ferreira (2009, p. 560):

Nos Estados Unidos há formas efetivas de participação na elaboração das normas das agências, conforme capítulo 4.1.2, que podem ser destacadas da seguinte forma: a publicação do projeto no Federal Register, a publicação de avisos prévios de que se está estudando a criação de normas, o recebimento das sugestões e críticas com devolução de resposta no preâmbulo da norma, a exigência de processo público com os registros dos atos que envolvem a elaboração da norma, audiências e a notificação específica de interessados ou grupos específicos. Todas estas formas demonstram a importância da participação na elaboração das normas, o que conduz a legitimidade das decisões que, após a expedição, são apenas eventualmente submetidas a controle pelo Poder Judiciário. A preocupação com a participação é realmente com a efetividade do processo de elaboração das decisões, o que decorre da ideia de que cada membro da sociedade é responsável pela formação das decisões do Estado.

Esta preocupação com a efetividade e com o fato de que cada administrado seja responsável pela formação das decisões do Estado, ou pelo ao menos assim se sinta, se releva importante, pois tende a fazer com que o cidadão se veja como parte integrante do mecanismo de edição daquela norma o que, em tese, pode maximizar a aceitação e a sua produção de efeitos concretos.

O reconhecimento de uma legitimidade relacionada às finalidades e funções desempenhadas pelas agências reguladoras não se revelam suficientes para a que se produzam efeitos concretos de neutralização das expectativas sociais que conflitam com o conteúdo da norma editada.

Assim, outros mecanismos que objetivem garantir a adesão dos atores sociais ao produto normativo das agências, máxime quando estas normas impactarem diretamente na esfera de direitos dos administrados, se fazem necessários e têm se demonstrado eficientes na obtenção da legitimidade concreta necessária ao desempenho de uma regulação eficiente, elemento essencial ao modelo estabelecido no Brasil, conforme mandamentos constitucionais e legais.

Destarte, a teoria da legitimação pela função não merece ser de todo rejeitada,

pelo contrário, esta construção teórica é que permite a utilização dos os mecanismos legais essenciais ao desempenho da função reguladora pelas agências, inclusive da função normativa, dando concretude aos mandamentos constitucionais relacionados à matéria. Dá-se, então, por meio dela, a legitimidade em abstrato, consoante as lições expostas acima.

No entanto, tão importante quanto esta legitimidade em decorrência das funções, lastreada nos fins escolhidos pelo legislador democraticamente eleito e pelo Constituinte originário e derivado, se mostram os procedimentos adotados para levar a cabo esta função normativa.

Isto porque um procedimento normativo que seja aberto se releva em mecanismo essencial e apto a garantir uma aceitação concreta e efetiva dos normativos provenientes das agências reguladoras pelos administrados, possibilitando, assim uma adequação das expectativas e a máxima redução possível das frustrações que estas normas possam gerar sobre os destinatários o que, ao fim e ao cabo, em nosso sistema, evitará judicializações e prestigiará a moderna separação de poderes.

Sobre a matéria é importante destacar que a legitimidade decorrente da legislação (em decorrência das funções que foram outorgadas pela legislação às agências) é essencial para estas autarquias especiais, mas isto não significa que seja o único mecanismo aplicável à espécie, muito pelo contrário, pois a própria legislação estimula a participação direta dos envolvidos ou interessados nas deliberações agenciais que envolvam os direitos dos administrados.

Estes mecanismos de legitimação por meio da legislação se tornaram ainda mais importantes a partir do momento em que o modelo clássico de democracia representativa entra em crise em decorrência da ausência de respostas às demandas populares por um Estado eficiente, mas há necessidade de se manter outros mecanismos legitimadores, como a participação direta dos administrados nos processos decisórios agenciais, nos termos em que leciona Cuéllar (2001, p. 135):

Neste novo modelo, tendo o circuito de representação política entrado em crise, porque não consegue dar resposta adequada à crescente complexidade social, constata-se a necessidade de criar formas de representação alternativas a político-eleitoral. As agências reguladoras inserem-se neste contexto, pois, embora seus diretores não sejam escolhidos pelos eleitores, permite-se a participação indireta da sociedade, viabilizando oportunidades de manifestação dos indivíduos (e não somente das pessoas interessadas) sobre o conteúdo dos diplomas normativos a serem elaborados pelas agências reguladoras, por exemplo. No caso das agências brasileiras, que são divididas para o atendimento de inúmeros setores de interesse público e, em sua maioria, possuem escritórios nos Estados, poder-se-ia cogitar de uma maior (porque efetiva e concreta) participação do cidadão em face das decisões

administrativas. Aliás, até a instituição das agências, raras eram as hipóteses em que o particular colaborava na elaboração de normas que regessem a telefonia, a energia elétrica, a saúde etc. Atualmente, é usual encontrar-se a plena divulgação de audiências públicas (jornais, internet etc.). Ou seja, não somente é 'permitida' a participação, como é 'estimulada' (mesmo porque, em muitas hipóteses, é requisito essencial à emanção de determinados atos). Conclui-se que, embora a legitimação da atividade normativa das agências reguladoras não decorra da investidura popular, já que não são órgãos democraticamente formados, ela pode ser justificada não somente em razão da importância das atribuições exercidas pelas agências, mas também em virtude da maneira como são desenvolvidas suas tarefas (de forma técnica, especializada e imparcial), permitindo-se, inclusive, que os particulares participem diretamente da elaboração de diplomas normativos.

Destarte, faz-se necessário destacar que os mecanismos de legitimação do processo decisório das agências reguladoras estão previstos na legislação e na Constituição Federal, que estabeleceram a competência estatal para regular a economia e que esta regulação seria feita por intermédio destas autarquias especiais.

Estas competências estão protegidas por mecanismos que buscam dar eficiência a estas atividades, tais como a forma de escolha dos seus membros, a autonomia financeira outorgada a estes órgãos e demais regras que garantem uma independência considerável destes órgãos em relação ao poder político, de forma a possibilitar a tomada de decisões com um caráter preponderantemente técnico.

Diante dos valores protegidos pelo Estado Democrático de Direito, não pode ser olvidada a necessidade de participação dos administrados no processo decisório destas agências e, ainda, que esta participação constitui importante mecanismo de legitimação da atividade regulatória, especialmente no que se refere aos atos administrativos emitidos no exercício da competência normativa destas agências, destacadamente em face dos argumentos que ressaltam que estes órgãos detêm um déficit de legitimidade democrática que demanda a intensificação da permeabilidade de seus procedimentos decisórios aos influxos derivados da participação dos administrados nos casos em que os seus direitos possam ser impactados.

Entretanto, se a participação dos administrados é, praticamente, um consenso doutrinário de mecanismo capaz de conferir reforço de legitimação ao processo regulatório, outros mecanismos também são reconhecidos e propostos pela doutrina mais moderna como aptos a enfrentar o problema da adesão dos regulados. Além disto, estes mecanismos de participação devem ser observados e aplicados de forma cautelosa para evitar que sejam utilizados contra a eficiência e neutralidade do processo regulatório.

Como possíveis decorrências problemáticas que podem ser observadas na utilização destes mecanismos de participação estão, mas lições de Mendonça (2014, p. 420):

a) a ossificação do processo regulatório, entendida como a inoperância do órgão regulador “de tanto analisar dados, ponderar críticas, e incorporar ou rejeitar sugestões”; b) a instrumentalização das audiências e consultas públicas pelos administrados como estratégia de bloqueio à atividade regulatória; c) instrumentalização destes mecanismos pela própria administração pública para tentar legitimar a sua retórica sem, no entanto, verdadeiramente receber influências das manifestações dos administrados; e d) a possibilidade de *captura epistêmica* entendida como a captura das agências reguladoras pelos grupos econômicos organizados, fazendo com que os seus interesses prevaleçam quando da edição da regulação em relação aos interesses difusos dos cidadãos.

Além destes problemas, o autor destaca que, nem sempre o procedimento predominantemente técnico produzirá melhores resultados em relação aos que poderiam ser alcançados por meio do procedimento legislativo tradicional e que, além disto, o procedimento de produção legislativa realizado pelo Poder Legislativo não é despido de componente técnica, pois este órgão é assessorado por diversos outros órgãos de natureza técnica e, ademais, “o debate parlamentar pode trazer temas à opinião pública de uma forma que os limites de divulgação de uma audiência ou consulta jamais permitirão” e “em muitos casos, a perspectiva generalista é boa, e pode corrigir vieses de foco gerados por análise especializada” (MENDONÇA, 2014, p. 422).

Portanto, O autor acima citado entende que “consultas e audiência públicas têm utilidade na obtenção da adesão dos regulados. Mas não convém aceita-las acriticamente”.

Como segunda estratégia útil para a obtenção da adesão dos regulados, este autor destaca que ações desenhadas em conformidade “como os seres humanos usualmente processam informações e tomam decisões, explorando os atalhos costumeiramente utilizados pelos humanos para a tomada de decisões, como o prescrevem os estudiosos da economia comportamental e que este mesmo autor se refere como “empurrõezinhos” e “simplificação”. (MENDONÇA, 2014, p. 422).

Por fim, instrumento que parece ser bem mais racional e útil, este mesmo autor expõe a “Análise de Impacto Regulatório”, a ser realizada antes, durante e depois da ação regulatória, como a “terceira estratégia destinada a resolver o problema da adesão” e que pode ser assim definida segundo Mendonça (2014, p. 426):

Procedimento administrativo, prévio ou concomitante à eventual prática de atos regulatórios, por intermédio do qual o Poder Público identifica e avalia os possíveis efeitos de sua atuação, e, então, deixa de agir, age como pretendido, ou corrige o rumo de sua atuação.

Esta análise, destaca, tem viés pragmático e utilitarista, sendo compatível com a análise econômica do Direito, pois, por meio dela se pode “coletar o máximo de dados, buscar meios de quantificar custos e consequências, sopesá-los, optar por uma linha de ação a partir dos resultados” (MENDONÇA, 2014, p. 427). Apesar de sua ampla utilização, ainda não há regulamentação legal no Brasil acerca da sua aplicação.

Ressalta que a AIR é dividida em cinco etapas: (i) qualificação e coleta de dados; (ii) adição de critério de avaliação das consequências; (iii) avaliação das consequências; (iv) decisão sobre a adoção, rejeição ou adequação do ato; e (v) monitoramento dos resultados.

Quanto aos métodos, são eles a (i) análise de custo-benefício – ACB e (ii) Análise de custo-efetividade.

Em arremate, este autor destaca que a AIR é útil não apenas para maximizar as chances de se obter a adesão dos regulados, mas também contribui para o incremento da credibilidade do regulador Mendonça (2014, p. 430):

A Análise de Impacto Regulatório possui óbvias *utilidades*. Se bem feita, serve para incrementar a adesão da sociedade à política regulatória. Além disso, há o incremento de credibilidade do regulador. Há os benefícios de se adotar algum grau de planejamento da ação pública. Não se pode tomar decisões com base em convicções ou preconceitos. A AIR pode tornar explícitas premissas assumidas de forma intuitiva – o que significa ganho em termos de *accountability*. Em síntese: uma AIR bem feita é um instrumento concreto da razão pública, e uma técnica colada no pragmatismo jurídico recomendado por este livro.

Entretanto, aproveita para destacar os limites e os riscos deste procedimento de tomada de decisão, sendo o principal limite o fato de que este procedimento não serve como substituição de decisões políticas e os riscos, quase todos iguais aos observáveis nas audiências e consultas públicas.

De acordo com Mendonça (2014, p. 430):

Mas a AIR também possui *limites*. Em primeiro lugar, ela não substitui a decisão política. A AIR não é o último suspiro da tecnocracia: decisões – e decisões trágicas – continuarão tendo que ser tomadas. Além do que, está-se operando com políticas públicas, que, ao mesmo tempo expressam visões de mundo. É importante conter – e por isso mesmo empoderar, ao torna-las realistas – as pretensões econométricas atuantes junto à regulação pública. (...) A AIR também possui *riscos*. O primeiro deles é que seja malfeita, e aí se vão estar dando poderes ao erro. Contra isso, a melhor coisa a se fazer é divulgar os resultados, e abri-los, e ao próprio método d AIR realizada à crítica pública. Há o risco de que as AIRs sejam contaminadas: há o risco de qualificar, esconder ou acrescentar dados com o propósito de forçar resultados. (...) Nas AIRs, como nas consultas e audiências, há o risco de ossificação (...). Há, por fim, a mesma vez como nas consultas e audiências públicas, o risco de captura epistêmica.

Pelo ora exposto, é possível concluir que a legitimação pela função, importante

teorização que possibilita a legitimação em caráter abstrato, deve caminhar ao lado de demais mecanismos de legitimação em concreto disponíveis ao regulador, com os fins de se estabelecer uma regulação eficiente e obtenha a máxima adesão dos administrados.

## **2.6 Procedimentos normativo e mecanismos de participação dos administrados**

Como restou demonstrado, há a necessidade de se buscar mecanismos de legitimação que auxiliem na obtenção de legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras, para além da legitimação em abstrato através da função/finalidade, especialmente se forem consideradas todas as discussões acerca da regularidade da outorga desta competência do Legislativo para estas autarquias.

Esta conclusão se lastreia, como já expomos, na mudança de paradigma do direito regulatório brasileiro, que partiu de uma perspectiva autoritária, na qual o Estado estava no centro desta atividade e era detentor da escolha dos interesses que deveriam prevalecer, para um paradigma reflexivo através do qual o Estado assume uma postura mediadora dos interesses econômicos e sociais colocados sob a atividade regulatória.

A esse respeito, destaca Marques Neto (2002, p. 16) que, diante de um novo contexto regulatório denominado de “Regulação Reflexiva” e do novo paradigma de relacionamento existente entre o Estado e os particulares administrados, a forma como o Estado regulador atua mereceu adequações, especialmente considerando a necessidade de novos instrumentos de legitimação da atividade regulatória:

O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “*mediador ativo*” de interesses. As causas para essa mudança de perspectiva não são meramente ideológicas. De um lado estão os fatores de natureza econômica que ao mesmo tempo solapam a capacidade de investimentos fazem emergir polos de decisão econômica que transcendem e independem das estruturas (públicas) dos estados nacionais. De outro, há fatores de natureza política e social que fazem com que a sociedade tenha hoje uma perspectiva muito mais participativa em relação à atuação do poder público, assumindo um papel ativo e organizado nas suas demandas. Afora estes dois elementos, há ainda o forte impacto da evolução tecnológica que, a par de tornar as relações sociais e econômicas mais complexas, introduz um padrão crescente de exigências sociais.

Com relação à participação dos administrados, este mesmo autor destaca a importância do controle social sobre o processo regulatório por diversos mecanismos, dentre eles a participação direta na produção normativa. Entretanto, ressalta também a importância jurídica que detém a produção normativa aderente à tecnicidade aos subsistemas jurídicos relacionados aos segmentos regulados, além do temperamento que estes instrumentos e mecanismos devem receber para, de outra banda, preservar a independência e autonomia do modelo regulatório atual Marques Neto (2002, p. 17):

Do ponto de vista político, há a necessidade de que a atividade regulatória seja permeável à participação da sociedade (em todos os seus segmentos, não apenas de atores econômicos mas de usuários, grupos de pressão, associações etc.) e suscetível de controles não só pelos organismos institucionais, mas também pela própria sociedade. Sob o prisma jurídico, emerge a necessidade de edição de normas específicas, dando origem ao surgimento de sub-sistemas jurídicos dotados de grande especialidade (com princípios, conceitos, pressupostos e procedimentos próprios), o que acarreta uma segmentação também dos instrumentos regulatórios conforme o setor. Já do ângulo organizacional, aparece a necessidade de novos órgãos e instrumentos de ação estatal. Afinal, para desempenhar este novo perfil de ação regulatória se fazem necessários instrumentos aptos a conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica.

Avaliando a importância de um procedimento que possibilite o debate público prévio à decisão da administração, Oliveira (2015, p. 66) assevera que a exposição e a discussão públicas sobre os fundamentos e os elementos essenciais envolvidos na tomada de decisão exige o esforço dos interlocutores para a produção de argumentos que possam influenciar na tomada de decisões e que o consequente debate confere ao produto do procedimento um caráter de legitimidade:

O objetivo primordial do debate público é possibilitar a maior aceitação, pela minoria, das razões expostas pela maioria. A exposição pública das razões, que podem ser criticadas pelos demais participantes do debate, exige do interlocutor maior esforço argumentativo na tarefa de convencimento, conferindo legitimação ao procedimento.

Reconhecendo esta importância, diversos diplomas legislativos preveem mecanismos de participação dos administrados na produção normativa de várias agências regulatórias brasileiras.

No âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica, o Decreto 2.335/97 que estabeleceu a constituição da mencionada agência reguladora e a sua estrutura regimental, em observância ao disposto na Lei 9.427/96, estabeleceu o processo de consulta aos consumidores e à sociedade como um de seus processos básicos. Além disto, estabeleceu que o processo decisório apto a implicar a afetação de direitos dos agentes econômicos ou dos

consumidores deve ser precedido de audiência pública e possibilitar a apresentação de contribuições, além de manter a publicidade de toda ação regulatória (BRASIL, 1997):

ANEXO I  
ESTRUTURA REGIMENTAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA  
ELÉTRICA - ANEEL

Art. 6º A estruturação das Superintendências de Processos Organizacionais deverá contemplar os seguintes processos básicos: IV - consulta aos agentes, aos consumidores e à sociedade;

Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de: I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL; II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões; III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL. Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

Como elemento essencial do processo decisório no âmbito da ANEEL, a Resolução Normativa nº 273, de 10 de julho de 2007, estabelece, dentre outras, a necessidade de publicidade adequada, a observância das formalidades necessárias ao respeito aos direitos dos interessados, bem como a necessidade de se garantir clareza e transparência das decisões (BRASIL, 2007):

Art. 5º Os processos administrativos observarão o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e, dentre outros, os seguintes critérios: (...) IV – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei; (...) VII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados; VIII – clareza e transparência das decisões de modo a propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados.

A participação dos interessados nos procedimentos normativos também é assegurada mediante o estabelecimento de direito à manifestação durante o processo administrativo e de que estas manifestações sejam consideradas durante o processo, bem como de serem ouvidos previamente à tomada de toda e qualquer decisão que possa os impactar negativamente (BRASIL, 2007):

Art. 9º Os interessados têm os seguintes direitos frente à Agência, sem prejuízo de outros que lhes sejam assegurados: (...) III – formular alegações e apresentar documentos, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV - e ser notificado para formular suas alegações antes de decisão de que possa decorrer gravame à sua situação.

Este mesmo normativo prevê a realização de audiências públicas, sendo estas um “instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que

precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei” sempre que o processo decisório implicar na “efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores” (BRASIL, 2007).

Este procedimento prevê o “encaminhamento pelos interessados de contribuições e sugestões” a “análise das contribuições recebidas” e a “publicação da análise das contribuições recebidas” (BRASIL, 2007).

Cabe ressaltar que a análise de impacto regulatório também pode estar inserida no contexto da audiência pública, como dispõe o §2º, do artigo 16 do mencionado regulamento. “A proposta objeto da Audiência Pública disporá da avaliação do impacto regulatório, quando possível e pertinente”. (BRASIL, 2007).

Por sua vez, este regulamento também prevê a realização de consultas públicas “para apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão” (BRASIL, 2007). Caso da consulta pública resulte proposta de emissão ou aperfeiçoamento de regulamentos, deliberar-se-á sobre a instalação de Audiência Pública (BRASIL, 2007).

Outras agências também adotam mecanismos que permitem a interação e diálogo com os administrados e interessados. Exemplo é o disposto nos artigos 18 e 19 da Lei Federal nº 9.478/97 que preveem a publicidade das sessões deliberativas da Agência Nacional do Petróleo que se destinarem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre esses e os consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, bem como a necessidade de audiências públicas precedentes às discussões sobre projetos de lei ou alterações normativas que impliquem na afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários destes bens e serviços. (BRASIL, 1997).

Regulamentando este dispositivo, o art. 22, do Decreto Federal nº 2.455/1998 assim estabelece:

Art. 22. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor petróleo ou dos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto, será precedido de audiência pública, com os objetivos de: I - recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório da ANP; II - propiciar aos agentes econômicos e aos consumidores e usuários a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões;

III - identificar todos os aspectos relevantes à matéria, objeto da audiência pública;  
IV - dar publicidade às ações da ANP. Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após consulta à Casa Civil da Presidência da República. (BRASIL, 1998)

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, também dispõem de mecanismos de participação dos interessados na produção normativa, seja através de audiências públicas ou da escolha de membros da sociedade para a composição de órgãos colegiados com competência para apresentarem manifestações durante o procedimento normativo.

No caso da ANATEL, há previsão de realização de consultas públicas acerca das minutas de atos normativos (art. 42, Lei 9.472/97) e da existência um conselho consultivo composto por integrantes da sociedade e com competência para opinar sobre o plano geral de outorgas e de metas, apreciar os relatórios anuais do conselho diretor, a teor do art. 33, da Lei nº 9.472/97, bem como do art. 36, do Decreto nº 2.338/97 (BRASIL, 1997).

O Decreto nº 3.327/2000, que aprovou o regulamento da ANS, determina em seu art. 4º que a mencionada agência terá em sua estrutura uma Câmara de Saúde Suplementar e em seu art. 13, que esta Câmara será um órgão permanente e consultivo de participação institucionalizada da sociedade e o art. 14 do mencionado decreto confere a este órgão uma composição bastante plural. (BRASIL, 2000)

A ANVISA também contém em sua organização um órgão colegiado consultivo composto por representantes dos agentes econômicos, dos Estados, da comunidade científica e dos usuários, conforme previsto no art. 9º da Lei 9.782/1999 e as competências deste conselho estão elencadas no art. 19 do Decreto nº 3.029/1999, dentre as quais se destaca a de opinar sobre as propostas de políticas públicas governamentais na área de atuação da Agência. (BRASIL, 1999),

Com relação ao instrumento denominado de Análise de Impacto Regulatório, Oliveira (2015) destaca que algumas agências vêm utilizando o AIR para garantir maior transparência, legitimidade e estabilidade de suas atividades regulatórias:

No contexto brasileiro, a Anvisa tem se destacado na realização pioneira da AIR. A agência instituiu o Programa de Melhoria do processo de Regulamentação da Anvisa (PMR), por meio da Portaria n. 422, de 16 de abril de 2008, com o objetivo de aperfeiçoar e modernizar as práticas regulatórias da agência, garantindo maior previsibilidade, legitimidade, transparência e estabilidade do processo regulatório. (...) A Anvisa divide a AIR em três níveis: 1) nível 1: destina-se à coleta de informações, reflexão e análise do problema (...) 2) nível 2: envolve a participação

de atores internos e externos, com a triagem dos impactos potenciais qualitativos e quantitativos da ação regulatória (...) 3) nível 3: engloba estudo completo sobre AIR nas propostas de maior impacto potencial. Mencione-se, por exemplo, o estudo realizado sobre *Descarte de Medicamentos*. (...) A ANEEL institucionalizou recentemente a AIR por meio da Resolução n. 540, de 12 de março de 2013, que aprovou a Norma de Organização ANEEL n. 40. A referida norma impõe a realização de AIR previamente à expedição de qualquer ato normativo pela ANEEL.

Estas previsões demonstram certa preocupação com a efetividade da participação dos interessados na formação das decisões proferidas no âmbito da regulação estatal e, especialmente, com a estabilidade do ato normativo regulatório, especialmente considerada por meio de sua aceitação. Ferreira (2009), já demonstrava preocupação com o fato destas regras serem escassas e de que, sem a utilização de mecanismos desta espécie, o ato regulatório acabava sendo discutido no âmbito do Poder Judiciário, o que implicava numa regulação juridicamente insegura justamente pela percepção de ser arbitrária pela falta de mecanismos de legitimação:

No Brasil, há poucas previsões de participação nas decisões e não há preocupação com a efetividade da participação nas decisões, mas com a proteção do usuário pela agência, o que decorre da ideia de formação do Estado no Brasil como protetor da sociedade. A situação no Brasil é a de que o membro da sociedade não participa efetivamente da elaboração das normas das agências e, após a expedição da norma, busca o Estado, por meio do Poder Judiciário, para socorrê-lo contra o eventual arbítrio na formação da norma. (FERREIRA, 2009, p. 560)

Fazendo estudo sobre os mecanismos de participação da sociedade na produção normativa da ANEEL, especialmente em se considerando as peculiaridades constantes da legislação pertinente a esta Agência, que determina a obrigatoriedade de realização de audiências públicas em determinadas situações, como se viu acima, Sampaio e Medeiros (2013) destacam que tem se observado uma efetiva participação dos agentes econômicos nestas ocasiões, mas também das entidades responsáveis pela defesa dos usuários, de modo que assim conclui acerca da efetividade da participação do usuário nas audiências públicas promovidas pela ANEEL.

Assim se manifestam os autores supracitados (2013, p. 773):

Os direitos de participação são um tema inerente às democracias contemporâneas, tendo em vista a insuficiência dos mecanismos tradicionais de democracia representativa na complexidade do Estado contemporâneo. Trata-se, no entanto, de um projeto ainda em construção. (...) houve avanços nos processos de participação popular no âmbito das agências reguladoras. Conforme visto, encontra-se na ANEEL um conjunto de participações embasadas envolvendo entidades de defesa dos usuários, tanto residenciais quanto eletrointensivos. Os dados colacionados ao longo da exposição sugerem que as entidades de defesa do consumidor estão se organizando para participar das audiências públicas, devendo ser rechaçada uma hipótese que sinalize no sentido de que esse instrumento seria utilizado apenas pelas

empresas e entidades representativas dos agentes econômicos (fornecedores ou clientes eletrointensivos). Esperamos que esse processo possa ser cada vez mais aperfeiçoado, garantindo que os mecanismos utilizados pelas agências reguladoras no Brasil possam explorar da melhor forma a diversidade de expertises para a edição de atos normativos no futuro, ampliando a adequação da regulação às complexas demandas sociais. Passo significativo nesse sentido foi dado pela ANEEL em 2013 com a normatização da Análise de Impacto Regulatório.

Neste sentido, não há dúvida de que o procedimento adotado pelas agências no sentido de possibilitar a participação dos interessados no processo regulatório confere maior credibilidade à atuação regulatória. Portanto, Oliveira, Matos e Rosa (2011, p. 25) ao analisarem o caso da ANEEL assim concluíram:

O interessado, como visto, pode participar ativamente da instrução do processo até o momento de sua deliberação, onde ainda lhe é facultada a possibilidade de explanação oral na defesa de seus interesses. Por fim, importante ressaltar que a legitimidade alcançada com a transparência, com a existência de um rito predefinido, com a participação da sociedade, com a devida motivação, dentre outras medidas, tem contribuído para a credibilidade da atuação da ANEEL. É perceptível entre os diversos agentes do setor elétrico, sejam consumidores ou empresas reguladas, que as decisões da Agência são aceitas e acatadas por grande parte destes interessados, fato que tem levado a uma diminuição de demandas na esfera judicial.

Diante de todo o ora exposto, é possível verificar que há uma constante preocupação do Estado em incrementar o procedimento de legitimação da função normativa das agências reguladoras por meio de mecanismos que confirmam a este procedimento maior aceitação mediante instrumentos de participação dos agentes econômicos e dos interessados em geral, especialmente quando se tratar de normativos que impactem direitos destes segmentos.

Logo, ganha relevo a noção de que o procedimento normativo é um importante mecanismo de legitimação desta função detida pelas Agências, sendo essencial a realização de consultas e audiências públicas, bem como do mais recente instrumento de Análise de Impactos Regulatórios<sup>67</sup>, de forma a se garantir uma maior efetividade ao exercício desta função, assim observável por meio da aceitação à submissão a estes regramentos.

---

<sup>67</sup> A respeito da necessidade de mecanismos que avaliem os impactos da atividade regulatória sobre o mercado em geral, calha narrar caso recente envolvendo regulamento emitido pela Agência Nacional de Aviação (ANAC), a resolução normativa nº 400/2016 Brasil (2016), que autorizou a cobrança pelas companhias aéreas que operam no transporte de passageiros no âmbito doméstico e internacional, pelo despacho de bagagens, pois este despacho passou a configurar como contrato acessório ao contrato de transporte nos termos de seu artigo 13. As discussões sobre esta cobrança e o impacto negativo que esta mudança nas regras sobre o despacho de bagagens implicou no mercado consumidor fez com o que o Senado Federal sustasse parcialmente os seus efeitos desta resolução normativa por meio do Decreto Legislativo nº 89/2016 Brasil (2016), aprovado no dia 14 de dezembro deste mesmo ano, que, dentre outros motivos, justificou que “a medida carece de maiores avaliações de seu impacto sobre os diversos agentes e, dentre os passageiros, sobre a efetividade entre os diversos segmentos.”

Assim, ganha importância da Teoria da Legitimação pelo Procedimento, nos termos empreendidos por Luhmann (1980), conforme se demonstrará adiante, uma vez que apenas a teoria de legitimação pela função já não basta para garantir a legitimidade necessária ao exercício da função regulatória, especialmente no que se refere à função normativa.

## 2.7A legitimação pelo procedimento

O tratamento do problema da legitimidade ganha cada vez mais importância nos dias de hoje, especialmente em face dos diversos questionamentos apresentados contra as bases do sistema político atual que é operacionalizado numa sociedade cada vez mais complexa. Apesar da validade e da legalidade configurarem conceitos de bastante importância para a discussão da legitimidade, com ela efetivamente não mais se confundem.

Aquilo que é legal e válido, por si só, goza de legitimidade sob pena de se desprestigiar o Estado de Direito, mas não o torna isento de questionamentos e, em alguns casos, também não produz o consenso necessário sem se sustentar em outros instrumentos de legitimação. Há, portanto, a necessidade de estabelecimento de mecanismos que confirmem ainda mais substância ao produto do direito, ou seja, à norma.

É neste momento que ganha relevância a teoria da legitimação pelo procedimento estruturada por Luhmann (1980), pois, como destaca Cademartori (2006, p. 151) se evidencia a “passagem da legitimidade como *qualidade* a legitimidade como *processo* (‘legítimo-te não por *és*, mas porque *fazes* ou *dás* alguma coisa’) apresenta-se como característico das sociedades avançadas, marcadas por uma crescente diferenciação, ou ‘complexidade’”.

Sobre a necessidade de mecanismos procedimentais que confirmem legitimação através de um procedimento tendente a trazer os interessados ao seu interior, de forma que estes se sintam como partícipes da decisão a ser tomada, seja ela qual for, Duarte Jr. (2014, p. 48) relata que não se trata de mecanismo inovador:

A noção de legitimação pelo procedimento não é nova: tanto Kelsen quanto Schumpeter já interpretavam como legitimação procedimental a decisão de Pilatos citada na Bíblia: este submeteu ao voto popular, de maneira relativista, o futuro de Jesus, “Rei dos Judeus”. Na sociedade moderna dogmática e democrática, cujo sistema jurídico é autônomo, a legitimidade perde o caráter extrínseco e passa a legitimar-se por si própria, dentro do próprio sistema jurídico, através de procedimentos. Por isso, ela é reduzida, no positivismo jurídico, à legalidade.

Sob a perspectiva de um procedimento, a teoria em comento alça a legitimidade a um conceito relacionado ao “resultado de um *processo* de intercâmbio de prestações entre este e o *legitimandum* no marco de uma certa situação social que abrange o público e o ambiente em sentido amplo” . A abordagem sistêmica da legitimidade nos moldes da realizada por Luhmann detém duas características: “a superação da visão hierárquica da sociedade que atribui a um particular setor social um papel predominante e decisivo” e “a superação da visão dicotômica da legitimidade, apoiada na contraposição de dois fundamentos exclusivamente alternativos, como a racionalidade formal e a racionalidade material” (CADEMARTORI, 2006, p. 151).

Por fim, Cademartori (2006), destaca que a análise da legitimação das estruturas jurídico-políticas foi enfrentada por Luhmann em dois momentos, sendo que, para nós, o que mais interessa ao presente trabalho é a primeira fase do estudo de Luhmann, em que a legitimação é discutida no contexto dos principais procedimentos previstos no Estado de Direito no âmbito dos seus poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma que esses procedimentos passam a conferir legitimação às decisões tomadas nos âmbitos destes três poderes.

Assim Cademartori (2006, p. 152) afirma que:

O procedimento é entendido como sistema de atos juridicamente ordenados e sem sucesso certo: eles servem para criar legitimidade não já em virtude de sua capacidade efetiva ou potencial de tutelar valores ancorados no ordenamento, como aqueles de verdade ou justiça, mas principalmente em virtude de mecanismos de assunção de papéis que vinculam aquele que participa a sentir-se obrigado a aceitar seu êxito pelo fato de ter, pelo menos em princípio, contribuído para produzi-lo e de ser, por isso, socialmente co-responsável de seu conteúdo.

Estes mecanismos de vinculação dos participantes com o procedimento decisório, por meio de interações sistêmicas, fazem com que eles se sintam responsáveis e obrigados pelo seu produto e estão situados em estruturas jurídicas que, conforme resume Ferraz Jr. (1980) na introdução à obra “Legitimação pelo Procedimento” de Luhmann, esta estrutura é considerada legítima para este autor alemão “na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância” (LUHMANN, 1980, p. 3).

Logo, a legitimidade se relaciona não mais com valores supremos<sup>68</sup> Luhmann

---

<sup>68</sup> Caminhando cada vez mais para o distanciamento de questões valorativas, o autor destaca que o centro da teoria deve ser o problema da legitimação e não da verdade ou correção da decisão a ser tomada Luhmann (1980. p. 18): Esta crítica será então o motivo para trazer o problema da legitimação (e não o problema da verdade ou

(1980, p. 3), mas sim com um desenvolvimento de procedimento que vai produzindo interações que debelam as resistências relacionadas aos mais diferentes motivos. (FERRAZ JR, DINIZ, E GEORGAKILAS, 1989; LUHMANN, 1980, p. 4):

Procedimentos são para ele sistemas de ação, através dos quais os endereçados das decisões *aprendem* a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes da sua ocorrência concreta. Trata-se de sistemas no sentido acima mencionado, pelos quais os diferentes motivos a que alguém possa sentir-se obrigado ou não a aceitar decisões são reduzidos e especificados num limite de alta probabilidade, de tal modo que o endereçado da decisão se vê na contingência de assumi-la, sem contestá-la, ainda que lhe seja, no caso desagradável.

Portanto, é importante conhecer alguns conceitos estabelecidos na obra de Luhmann (1980), especialmente aqueles referentes à legitimidade e legitimação, pois para este sociólogo alemão, “Pode definir-se a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”. Entretanto, o autor prossegue afirmando que este conceito ainda deixa em aberto qual seria o mecanismo de base da obtenção desta aceitação Luhmann (1980, p. 30):

Porém, com isso fica em aberto se na base dessa disposição se encontra uma causa psicológica relativamente simples – como que uma satisfação interior quanto a uma troca de obediência contra uma ‘participação’ democrática – ou se essa disposição é o resultado dum elevado número de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas.

Este caráter aberto do fundamento da legitimidade, especialmente decorrente dos diversos instrumentos que possibilitam o seu alcance, também é destacado por Faria (1978), que ressalta que o verdadeiro poder, entendido como a aceitação/adesão ao comando decisório, dependerá basicamente do empreendido no campo da argumentação, sob o aspecto da canalização, atenção e correspondência às opiniões manifestadas.

O mencionado autor assim se manifesta Faria (1978, p. 123):

Assim, a legitimidade é uma questão aberta porque isso faz parte de sua própria natureza: seu espaço é o do argumento, o qual requer o concurso da opinião pública que – no espaço da palavra e da ação – julga os títulos em nome dos quais o poder é exercido. Portanto, se por um lado não é possível provar empiricamente o que é legitimidade por outro não se pode deixar de reconhecer a existência de diversas justificativas sobre a natureza política que vários modelos de legitimidade procuram estabelecer. Em outras palavras, diante da multiplicidade desses modelos, o verdadeiro poder dependerá essencialmente dos argumentos comuns e opiniões favoráveis que conseguiu canalizar e dar necessária atenção e correspondência.

---

da correção da decisão) para o centro da teoria do procedimento e para se poderem então orientar a partir dela posteriores reflexões..

No que se refere ao estudo da legitimação, Luhmann (1980, p. 34) prossegue reconhecendo que:

Na legitimação de decisões trata-se, basicamente, dum estudo verdadeiro, se possível isento de perturbações dentro do sistema social. Trata-se dum aspecto do problema geral de ‘como alterar as perspectivas’ e da pergunta de como o sistema parcial político-administrativo da sociedade pode reestruturar as expectativas na sociedade, através de suas decisões, apesar de ser apenas um sistema parcial.

Neste sentido é que se encontra a noção de procedimento dentro de um sistema decisório que, enquanto sistema, realiza seleções de sentidos e opera mecanismos de forma que, como menciona Luhmann (1980), pode contribuir para a legitimação das decisões tomadas neste âmbito.

Assim, o procedimento enquanto mecanismo encartado dentro de um sistema decisório pode configurar um importante instrumento legitimador na medida em que produza a transformação gradativa e consistente nas expectativas dos destinatários da decisão “Por meio de um aprendizado bem sucedido” e que permitam que “as expectativas alteradas pela decisão serão automaticamente consideradas de dentro para fora e tratadas como um fato (oportuno ou inoportuno)”. (LUHMANN, 1980, p. 33).

A legitimação pelo procedimento, então, pode ser entendida como este mecanismo processual sistêmico<sup>69</sup> que permite uma transformação das expectativas dos destinatários da decisão e que, mesmo antes de se conhecer o resultado específico do procedimento adotado, ou seja, qual o conteúdo da decisão final, já permite uma adequação das expectativas de modo a tornar viável a sua aceitação. Assim Luhmann (1980, p. 35) a define:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico;

---

<sup>69</sup> Importante é a lição sobre os sistemas e a sua importância para a redução da complexidade do mundo atual notadamente pelo seu caráter seletivo que restringe, mas não engessa, as possibilidades de comportamentos: “Os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração. Esta aplicação da teoria dos sistemas significa, na verdade, que tem de se renunciar às violentas oposições dominantes entre sistema e processo, ou estrutura e processo, ou que estas têm de ser modificadas em aspectos essenciais. Os processos *são* sistemas e *têm* uma estrutura; doutra forma não podiam ser processos e doutra forma não podiam ser sistemas e estruturas. (...) Uma das características importantes dum sistema é uma relação com a complexidade do mundo. Por complexidade deve entender-se a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real – quer seja no mundo, (complexidade do mundo) quer seja num sistema (complexidade do sistema). Para cada construção dum sistema é significativo que ela apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita um número limitado de possibilidades e as leve a cabo. Os sistemas constituem uma diferença entre interior e exterior, no sentido duma diferenciação em complexidade, ou ordem. O seu ambiente é sempre excessivamente complexo, impossível de abarcar com a vista e incontrolável; em contrapartida, a sua ordem própria é extremamente valiosa na medida em que reduz a complexidade; e como ação inerente ao sistema só admite, comparativamente, algumas possibilidades. (LUHMANN, 1980, p. 39)

trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa.

Estas transformações de expectativas derivam da estrutura do procedimento, mas, principalmente, a própria redução da complexidade proporcionada pelas posições assumidas pelas partes envolvidas (decisões seletivas dos participantes) do decorrer da prática dos atos de acordo com as estruturas desenhadas no interior dos mecanismos procedimentais, o que confere certa autonomia ao procedimento. Assim, com o desenvolvimento do processo as possibilidades vão se reduzindo o que vai conduzindo à decisão passível de aceitação justamente pelo fato dos participantes se sentirem contribuintes daquele resultado, conforme explicita Luhmann (1980, p. 42):

Por meio de regras de irrelevância, por meio de regras de admissão, aprovação de pessoas e introdução de temas, por meio de regras de tradução e definição daquilo que perturba ou até destrói o sistema e daquilo que se pode fazer para evitar, se circunscreve o processo e se leva o mesmo a despertar para uma certa autonomia, até que a decisão seja emitida. À medida que o processo se desenrola, reduzem-se as possibilidades de atuação dos participantes. Cada um tem de tomar em consideração aquilo que já disse, ou se absteve de dizer. As declarações comprometem. As oportunidades desperdiçadas não voltam mais. Os protestos atrasados não são dignos de crédito. Só por meio de ardis especiais se pode voltar a abrir uma complexidade já reduzida, se pode conseguir uma nova segurança e se pode fazer que volte a acontecer o que já aconteceu; agindo assim, geralmente, desperta-se a indignação dos outros participantes, sobretudo quando se tenta isto demasiado tarde.

Portanto, o procedimento que permita o desenvolvimento de um debate coordenado e com a participação dos destinatários da decisão jurídica a ser tomada atua como mecanismo de legitimação e, conseqüentemente, acentua a possibilidade de uma aceitação da decisão final, sendo que esta aceitação se torna cada vez mais próxima na medida em que o procedimento se desenrole por meio da atuação das partes envolvidas.

Sobre a importância da participação dos interessados no procedimento e a consequência que esta participação possui como efeito legitimador no âmbito da atuação das agências reguladoras, com base nas lições de Luhmann (1980) destaca Silva (2004, p. 315):

A participação e consequente submissão dos interessados à decisão do processo é exatamente a fonte de legitimação desta para interferir na esfera de interesses dos indivíduos. Em face das razões jurídicas ora apresentadas, pode-se assinalar que uma primeira função exercida pela procedimentalização das atividades administrativas consiste na legitimação, em concreto, de tais atividades, isso a partir da possibilidade de participação, na formação ou controle dos atos administrativos, daqueles em cuja esfera jurídica venham tais atos a produzir efeitos. Como salienta Carmen Lúcia Antunes Rocha, 'o processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ele é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, na medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das

decisões administrativas. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder, no exercício do qual elas foram adotadas, recebe sua condição legítima própria’.

Como dito a função legitimadora da procedimentalização do agir das agências reguladoras encontra-se umbilicalmente ligada à proteção dos direitos dos administrados contra o atuar abusivo por parte do Poder Público, como se passa a analisar.

Sobre a importância da abertura procedimental das agências reguladoras e a consequente legitimação dela decorrente, também assevera Oliveira (2015, p. 24):

A legitimação das Agências, ao não derivar da democracia política, seria encontrada na chamada democracia procedimental. O procedimento, ao garantir contraditório, a transparência, as formas de controle e a participação de todos os interessados envolvidos, ofereceria a alternativa para essa legitimação. Assim sendo, alguns mecanismos são utilizados para aferir a atuação do regulador. A ampla transparência, a participação e o controle da sociedade no processo decisório, a qualidade da fundamentação, dentre outras, são medidas importantes para alcançar tais objetivos. Como as ações do regulador são dotadas de discricionariedade técnica, que lhe garante o exercício de escolhas regulatórias, é indispensável que tudo possa ser acompanhado pelos interessados, franqueando publicamente o acesso a todas as informações técnicas disponibilizadas.

Isto posto, torna-se evidente a importância que a teoria da legitimação pelo procedimento detém para a atuação das agências reguladoras, especialmente em face dos questionamentos enfrentados por estes órgãos no que se refere aos fundamentos da sua competência regulamentar ou quase legislativa, em decorrência das bases democráticas do Estado brasileiro e da ausência de eleição direta dos seus dirigentes.

A legitimação pela função técnica desempenhada por estas autarquias especiais, segundo o seu fundamento legal e constitucional, configura fundamento básico apto a dar validade e legalidade a sua atuação. Entretanto, se observamos as necessidades práticas de produção de aceitação do exercício da parcela de poder outorgada constitucional e legalmente às agências, sob a perspectiva do Estado de Direito e democrático em que se pratica uma regulação reflexiva, com características de mediação de interesses e não de imposição do interesse estatal, impõe-se ir além, o que se faz mediante o acoplamento de outras técnicas de legitimação como aquelas que se tornam possíveis através de um procedimento que permita a comunicação entre o Estado regulador e os interessados e entre os próprios destinatários do poder regulador.

Este procedimento comunicativo serve, portanto, para debelar as resistências ao produto do poder decisório mediante a adequação e alteração das expectativas em decorrência da redução a complexidade realiza com base na atuação dos próprios interessados, de modo

que os diversos mecanismos abordados neste trabalho parecem ser aptos a produzir este feito, como as consultas públicas, as audiências públicas e as análises de impactos regulatórios – AIR, especialmente se aplicados de forma consistente, perene e efetiva, mediante o recebimento, avaliação e o oferecimento de respostas consistentes e minuciosas aos questionamentos apresentados e às contribuições ofertadas.

### **CAPÍTULO 3 - O PROCEDIMENTO NORMATIVO ADOTADO PARA A APROVAÇÃO DA RES. 414/2010-ANEEL (REGULAMENTAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE O CONCESSIONÁRIO E O CONSUMIDOR)**

Neste capítulo analisar-se-á o procedimento administrativo nº 48500.002402/2007-19, instaurado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de revisar as condições gerais de fornecimento de energia elétrica. O procedimento conta com 49 (quarenta e nove) volumes ao todo, destes, 21 (vinte e um) volumes serão avaliados, pois se referem à aprovação do texto original destas condições gerais.

Para a análise em questão será utilizada como referencial a Teoria da Legitimação pelo Procedimento, de Luhmann (1980), especificamente com o intuito de verificar os mecanismos de abertura aos fluxos externos de contribuições dos interessados, observando-se, pontualmente, os mecanismos de comunicação empregados pela Agência enquanto instrumento de legitimação da norma em referência, tais como os editais de comunicação que franquearam aos interessados a apresentação de contribuições, as contribuições apresentadas e a resposta da ANEEL a essas contribuições para, ao final, realizar a análise em questão.

A Resolução Normativa nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL teve por finalidade revisar as condições gerais do fornecimento de energia elétrica aos consumidores brasileiros pelas distribuidoras de energia que operam neste País, constituindo-se em novo dispositivo regulamentar geral acerca dos critérios utilizados no fornecimento de energia ao mercado consumidor. (BRASIL, 2010).

Este normativo foi escolhido para ser o objeto de estudo do presente trabalho em função ao seu alcance, já que no ano de sua edição, segundo o Relatório de Consumo Anual de Energia Elétrica por classe (nacional), emitido pela Empresa Brasileira de Pesquisa Energética – EPE, foram consumidos no Brasil 415.683 GWh de energia elétrica, o representou um crescimento de 8,2% em relação ao ano anterior, Brasil (2014), conforme quadros abaixo:

CONSUMO (GWh)	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
<b>BRASIL</b>	<b>329.707</b>	<b>344.284</b>	<b>356.129</b>	<b>377.030</b>	<b>388.472</b>	<b>384.306</b>	<b>415.683</b>	<b>433.034</b>	<b>448.105</b>
RESIDENCIAL	78.470	82.644	85.784	89.885	94.746	100.776	107.215	111.971	117.646
INDUSTRIAL	154.163	158.610	163.180	174.369	175.834	161.799	179.478	183.576	183.425
COMERCIAL	49.686	53.035	55.369	58.647	61.813	65.255	69.170	73.482	79.226
OUTROS	47.389	49.995	51.796	54.129	56.079	56.477	59.820	64.006	67.808

  

CRESCIMENTO (%)	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
<b>BRASIL</b>	<b>7,4</b>	<b>4,4</b>	<b>3,4</b>	<b>5,9</b>	<b>3,0</b>	<b>-1,1</b>	<b>8,2</b>	<b>4,2</b>	<b>3,5</b>
RESIDENCIAL	3,0	5,3	3,8	4,8	5,4	6,4	6,4	4,4	5,1
INDUSTRIAL	13,2	2,9	2,9	6,9	0,8	-8,0	10,9	2,3	-0,1
COMERCIAL	4,5	6,7	4,4	5,9	5,4	5,6	6,0	6,2	7,8
OUTROS	0,7	5,5	3,6	4,5	3,6	0,7	5,9	7,0	5,9

Fonte: Empresa Brasileira de Pesquisa Energética – EPE (Brasil, 2011)

Ainda segundo o Anuário Estatístico de Energia Elétrica de 2011, produzido pela EPE com dados referentes ao ano de 2010, havia 67.907 mil consumidores regulares (unidades consumidoras) de energia elétrica no Brasil, ou seja, instalados junto ao mercado de distribuição nacional e que, portanto, diretamente submetidos às disposições regulatórias ora avaliadas (BRASIL, 2011).

Deste mercado consumidor, 15.792 mil consumidores estavam instalados como consumidores cativos e geograficamente na região nordeste do Brasil e, destes, 13.605 mil consumidores estavam classificados como residenciais. Este mercado apresentou um consumo anual em 2010 de 59.565 GWh, o que representou uma variação de 9,4% em relação ao ano anterior e 6,9% do consumo de todo o mercado nacional (BRASIL, 2011).

O Maranhão apresentou 1,8 milhão de consumidores regulares que, juntos, consumiram 11.613 GWh no ano de 2010, o que representou uma variação em consumo de 7,6% em relação ao ano anterior e 16,3% do consumo de todo o Nordeste brasileiro. Estes dados indicam o consumo relativo aos consumidores cativos e livres (BRASIL, 2011).

Segundo o censo IBGE realizado em 2010, 97,8% dos domicílios brasileiros contavam com fornecimento regular de energia elétrica. Este percentual sobe para 99,1% nas zonas urbanas e cai para 89,7% nas zonas rurais. (BRASIL, 2011). Ainda segundo estes dados, apenas 1,3% dos domicílios não possuía fornecimento regular de energia elétrica, sendo a maior parte deles situados em áreas rurais (7,4%) e, geograficamente, a região Norte do País era a mais afetada pela ausência de fornecimento de energia elétrica, uma vez que 24,1% dos domicílios rurais desta região se encontravam nesta situação.

Diante destes dados e considerando a relevância econômica e social que possui o fornecimento de energia elétrica, é possível avaliar a importância das Condições Gerais do Fornecimento deste produto, seja pela abrangência de sua aplicabilidade, pois se dá para consumidores residenciais, comerciais e industriais, atualmente, em quase todos os domicílios

brasileiros.

A importância deste tipo de regramento implica em sua constante revisão, de forma que, mesmo depois da publicação do seu texto consolidado original, que ocorreu em 15 de setembro de 2010, novas disposições regulatórias foram aprovadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no sentido de alterar as condições gerais de fornecimento de energia elétrica.

Entretanto, neste trabalho, ficaremos restritos à análise do procedimento que permitiu a aprovação do texto original da Res. 414-2010 ANEEL e, especificamente, no que se refere às interações mantidas com os interessados, de forma a verificar a possibilidade de considerar este procedimento como passível de imprimir legitimação a este conjunto de comandos regulatórios de grande importância social e econômica. (BRASIL, 2010)

O procedimento foi aberto em 02 de maio de 2007 e, materialmente, teve início com a realização de uma audiência para o público interno da ANEEL, com a colocação de um texto base para a apresentação de contribuições e realização de debates sobre os seus termos, oportunidade em que foram colocados os seguintes pontos como principais tópicos: redução de perdas não técnicas, combate à inadimplência, atualização de conceitos, minimização de custos operacionais, fornecimento atípico, da unidade consumidora, subclasse residencial baixa renda, postos de atendimento, transporte por tração elétrica, encargo da concessionária na realização de investimentos, custo de disponibilidade e contratação mínima, demanda instantânea, período de testes e fator de potência.

Dentre os temas acima indicados, sob a ótica econômica, destaca-se a tentativa de redução das perdas não técnicas, ou seja, aquelas não relacionadas a fatores internos ao processo de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, mas aquelas relativas a furtos de energia, perdas administrativas e inadimplência no setor de distribuição, com destaque para o furto, uma vez que implicam em custos adicionais aos consumidores adimplentes e em perdas na arrecadação de tributos.

Sob uma perspectiva de direito do consumidor, destaca-se a regulamentação do atendimento presencial pelas distribuidoras em determinados municípios e, por fim, a partir de uma perspectiva social, merecem destaque as regras afetas à subvenção atinente à subclasse baixa renda e à cobrança do custo de disponibilidade e contratação mínima.

### 3.1 Mecanismos de participação disponibilizados aos interessados

O primeiro mecanismo de interação com os interessados utilizado no procedimento de produção da norma em questão, como mencionado, foi a realização da Audiência para Público Interno nº 001/2007, em 25 de abril de 2007, oportunidade em que foi apresentada uma minuta de nova resolução, com destaque para os principais tópicos constantes dela e apresentação e debate das contribuições apresentadas pelos participantes.

Nesta oportunidade participaram do ato 38 (trinta e oito) pessoas e algumas contribuições dos setores internos da ANEEL foram apresentadas, sendo eles a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE e Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição – SRD, inclusive, posteriormente à Audiência em questão.

Ademais, a participação das agências reguladoras conveniadas foi franqueada pela ANEEL por meio do ofício de nº 613/2007-SRC/ANEEL, endereçado à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso - AGER, Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos - ARCON (Estado do Pará), Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte – ARSEP, Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas – ARSAL, Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos - AGR, Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul – AGEPAN, Agência Reguladora de Serviços Públicos de Energia,, Transporte e Comunicações – AGERBA, Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS e Agência de Regulação do Estado da Paraíba – ARPB, além do encaminhamento do mencionado ofício para a Comissão de Serviços Públicos de Energia CSPE do Estado de São Paulo.

No mencionado expediente havia o destaque para o prazo final de encaminhamento das contribuições como sendo o dia 26 de outubro de 2007.

Além deste ofício circular, também foi encaminhado às mencionadas agências o ofício circular nº 629/2007-SRC/ANEEL, que prorrogou o prazo para a apresentação de contribuições, destacando os impactos causados pelas perdas não técnicas à adequada prestação do serviço de distribuição de energia elétrica e à elevação das tarifas de energia elétrica.

Em seguida foi aprovada, por decisão da Diretoria da ANEEL, proposta de Consulta Pública para a apreciação das notas técnicas nº 003 e 004/2008-SRC/ANEEL e da minuta da Resolução Normativa destinada a substituir as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, então encartadas na Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000, a ser realizadas no período de 1º de fevereiro a 8 de maio de 2008, bem como de Audiências Públicas presenciais nas cidades de Belém/PA, Brasília/DF, São Paulo/SP, Salvador/BA e Porto Alegre/RS.

Mesmo antes da realização das audiências públicas presenciais, o Órgão Regulador iniciou o recebimento de contribuições pelos correios e internet e, após a realização destas audiências, estendeu o prazo para que os consumidores apresentassem contribuições até o dia 23 de maio de 2008.

Após a confecção da Nota Técnica nº 001/2009, que analisou as contribuições apresentadas na Audiência Pública nº 008/2008 e consolidou novo texto após estas contribuições, a ANEEL abriu a Consulta Pública nº 002/2009, pelo período de 09 de janeiro a 25 de fevereiro de 2009, com a finalidade de colher mais subsídios para o aprimoramento da norma ora avaliada.

Esta Consulta, por ocasião do Memorando nº 071/2009-SRC/ANEEL, foi prorrogada até às 18 horas o dia 27 de março de 2009.

Durante este período foram recebidas inúmeras contribuições dos mais diversos setores da sociedade, incluídos órgãos de defesa dos consumidores, Ministério Público Federal, consumidores individuais, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, distribuidoras de energia elétrica, de Poderes Legislativos etc.

Ao fim, pode-se perceber que estas contribuições foram apresentadas, tanto presencialmente como a distância, as primeiras através das audiências interna e públicas e à distância por correspondências físicas e por meio da rede mundial de computadores (*internet*).

### **3.2 Instrumentos de informação e convocação para participação no procedimento normativo**

Consoante verificado, os mecanismos de participação colocados à disposição dos interessados no processo administrativo foram audiências internas e públicas e consultas públicas.

Por meio destes instrumentos os consumidores em geral, conselhos de consumidores, associações de defesa de consumidores, demais entidades associativas, distribuidoras e os órgãos públicos puderam se manifestar nos autos do processo em referência, apresentando os pontos de entenderam relevantes.

O processo teve início com a realização de audiência interna da qual participaram os órgãos internos da ANEEL, funcionários da mencionada Agência e algumas agências reguladoras conveniadas. A convocação se deu mediante o comunicado interno constante do Anexo I, da ata da API 001/2007, que disponibilizou a minuta da nova resolução para contribuições e indicou endereço de e-mail interno para contribuições, ao tempo em que destacou o prazo limite para o encaminhamento de sugestões o dia 30 de abril de 2007.

Todavia, não há no processo administrativo ora avaliado a informação da forma como esse edital foi apresentado aos interessados. Há, no entanto, destaque aos Ofícios-Circulares nº 613/2007 e 629/2007-SRC/ANEEL, que franquearam às agências reguladoras conveniadas à ANEEL a oportunidade de apresentarem contribuições.

Em seguida o processo rumou para a realização de consulta pública pelo período de 1º de fevereiro a 08 maio de 2008, consulta esta destinada a obter avaliação das notas técnicas nº 003 e 004/2008-SRC/ANEEL e mais subsídios acerca da minuta de resolução consolidada após a audiência destinada ao público interno.

Além disto, também foi deliberada, pela Diretoria da ANEEL em reunião pública ordinária realizada em 29 de janeiro de 2008, a efetivação de audiências públicas presenciais destinadas ao público em geral. Estas audiências foram realizadas nas cidades de Belém/PA, Brasília/DF, São Paulo/SP, Salvador/BA e Porto Alegre/RS.

O Aviso de Audiência Pública nº 008/2008 comunicou “aos consumidores e agentes do setor de energia elétrica e demais interessados, que foi aberta a AUDIÊNCIA PÚBLICA nº 008/2008, com período para envio de contribuição de 01/02/2008 a 08/05/2008, e que serão realizadas Sessões ao Vivo-Presenciais em 5 (cinco) capitais”. Este comunicado foi publicado no Diário Oficial da União do dia 1º de fevereiro de 2008.

Do referido comunicado consta que todos os documentos necessários à participação nas audiências, bem como o formulário modelo para apresentação de contribuições se encontram no *website* da ANEEL e, também, fisicamente no endereço da agência em questão.

Calha esclarecer que o art. 18 da Resolução Normativa ANEEL nº 273, de 10 de julho de 2007, assim dispõe:

Art. 18. O Aviso de Audiência Pública será disponibilizado na página eletrônica da ANEEL contendo assunto, forma de recebimento e período das contribuições, bem como outras informações disponíveis sobre a realização da Reunião Presencial, quando houver. (...) §3º A ANEEL poderá adotar, complementarmente, outras formas de divulgação das Audiências Públicas, bem como dos seus resultados.(BRASIL, 2007).

Entretanto, não há no processo administrativo em referência qualquer evidência de publicação do mencionado comunicado em meios digitais ou em outros meios de comunicação. Todavia, consultando o site da ANEEL, foi possível encontrar a íntegra do comunicado no endereço:[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/008/documento/aviso\\_ap\\_008\\_2008\\_rv.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/008/documento/aviso_ap_008_2008_rv.pdf).

Além disto, através dos ofícios-circulares nº 05, 06 e 07/2008-SMA/ANEEL, a ANEEL deu ciência do procedimento aos conselhos de consumidores, “órgãos de caráter consultivo, criados pelas distribuidoras para atuarem em suas respectivas áreas de concessão, com vistas à orientação, análise e avaliação de temas relativos ao fornecimento de energia elétrica, às tarifas e à adequação dos serviços prestados aos consumidores” e às concessionárias e permissionárias (BRASIL, 2013)

Panfletos informativos sobre as audiências públicas em questão foram entregues na recepção dos eventos, com a respectiva programação.

Após a análise de todas as contribuições e a consolidação de novo texto normativo, foi aberta a Consulta Pública nº 002/2009, tendo sido publicado aviso de consulta pública com o seguinte teor: “COMUNICA que foi aberta a CONSULTA PÚBLICA nº 002/2009, com período para envio de contribuição de 09/01/2009 a 25/02/2009, mediante apenas Intercâmbio de Documentos”. Este comunicado, assim como o referente à Audiência Pública nº 008/2008, também informou que a documentação necessária para a participação na consulta e o modelo para o envio de contribuições também estavam disponíveis no *website* da ANEEL.

Em 03 de fevereiro de 2009 foi publicado no Diário Oficial da União novo comunicado prorrogando o prazo da Consulta Pública nº 002/2009, de modo que o seu encerramento se deu apenas em 27 de março de 2009.

Também não há no processo administrativo em questão qualquer evidência de

publicação deste comunicado no *website* da ANEEL ou em qualquer meio de comunicação, apesar de constar do Art. 24, da Resolução Normativa nº 273, de 10 de julho de 2007, o seguinte teor: “Aplicam-se às Consultas Públicas, no que couber, o disposto para as Audiências Públicas”.

A ANEEL também recomendou às distribuidoras de energia elétrica que colocassem avisos nas faturas emitidas e encaminhadas aos seus consumidores. Isto foi feito e o aviso em referência foi confeccionado e incluído nas faturas da seguinte forma:

Está em revisão a norma que trata das Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica (Res. ANEEL nº 456/2000). Sua contribuição é importante e pode ser encaminhada à ANEEL, no endereço SGAN – Quadra 603 – Módulo I – Térreo / Protocolo Geral da ANEEL, CEP 70.830-030, Brasília – DF, ou pelo correio eletrônico [ap008\\_2008@aneel.gov.br](mailto:ap008_2008@aneel.gov.br) até 08/05/2008. (BRASIL, 2007).

Como se observa, o Órgão Regulador adotou algumas medidas com o desiderato de permitir a participação dos interessados no processo de produção da norma em questão, de modo a enfrentar um de seus desafios, que é tentar “reduzir a assimetria de informações e disseminar a cultura da regulação” e para o que “é de fundamental importância tornar públicas e acessíveis todas as informações de interesse da sociedade relativas ao setor elétrico, a fim de ensejar o equilíbrio nas relações travadas entre consumidores e os agentes.” (BRASIL, 2013).

Não há evidências no processo administrativo em questão de que esses comunicados tenham sido publicados em jornais de grande circulação ou em outros meios de comunicação em massa.

### **3.3 As participações dos interessados**

O processo administrativo ora avaliado contou com participação considerável de interessados, dos mais diversos segmentos relacionados, de alguma forma, com o serviço de distribuição de energia elétrica. Inicialmente, através da API nº 001/2007, participaram deste primeiro ato contributivo 38 (trinta e oito) integrantes da estrutura interna do órgão regulador.

Contribuições foram apresentadas na audiência e outras encaminhadas por escrito pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade, com 29 (vinte e nove) sugestões de alterações e pela Superintendência de Regulação de Serviços de Distribuição, com 48 (quarenta e oito) sugestões de alterações.

Além das contribuições internas, consta dos autos contribuição da Associação

Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADDEE (v. 01, fls. 278). Por outro lado, apesar de instados a fazê-lo, não consta dos autos nenhuma contribuição avulsa das agências reguladoras conveniadas, senão aquelas apresentadas em audiência.

Abertas a Consulta e Audiência Públicas nº 008/2008, iniciou-se o prazo para o encaminhamento de contribuições. A ANEEL denominou esta etapa como a 1ª Fase de Contribuições, juntamente com as recebidas no decorrer da audiências, totalizaram 155 (cento e cinquenta e cinco) contribuições provenientes de consumidores individuais pessoas físicas e de grandes consumidores, de órgãos de defesa do consumidor (públicos e privados), conselhos de defesa dos consumidores, de sindicatos, de agentes do setor elétrico (concessionárias, permissionárias e órgãos públicos), agentes do terceiro setor e de associações diversas, conforme relação que consta do processo em referência (v. 03, p. 94-98) e que segue anexa a este trabalho (ANEXO I).

Iniciada a fase de audiências públicas presenciais, a primeira foi realizada na cidade de Porto Alegre/RS, em 24 de abril de 2008 e dela participaram 116 (cento e dezesseis) interessados. Houve 28 (vinte e oito) exposições.

A segunda audiência pública presencial foi realizada em 25 de abril de 2008, na cidade de São Paulo/SP. Dela participaram 156 (cento e cinquenta e seis) interessados e nela foram realizadas 33 (trinta e três) exposições.

A terceira audiência foi realizada na cidade de Belém/PA, em 30 de abril de 2008, e contou com a presença de 68 (sessenta e oito) interessados e 14 (quatorze) exposições.

A Audiência seguinte foi realizada em Salvador/BA, em 07 de maio de 2008 e contou com a presença de 72 (setenta e dois) participantes e 19 (dezenove) expositores.

Em 08 de maio de 2008 foi realizada a última das audiências públicas, desta feita em Brasília/DF, da qual participaram 55 (cinquenta e cinco) interessados e foram realizadas 29 (vinte e nove) exposições.

Como se percebe, a esta altura, foram apresentadas 155 (cento e cinquenta e cinco) contribuições ao texto da nova resolução e, ao todo, 466 (quatrocentos e sessenta e seis) interessados participaram presencialmente das audiências públicas.

Complementarmente, foram ofertadas 117 (cento e dezessete) contribuições nesta primeira fase de audiências públicas, conforme relação constante do Anexo II.

Todas estas contribuições foram disponibilizadas no *website* da ANEEL na sua integralidade.

Após o encerramento do procedimento de consulta e audiência públicas nº 008/2008, a ANEEL então procedeu a análise das contribuições recebidas por meio da Nota Técnica nº 001/2009-SRC/ANEEL. Por meio desta análise, o referido Órgão Regulador consolidou novo texto base a ser submetido à Consulta Pública nº 002/2009.

Na 1ª Fase desta consulta pública, foram recebidas 28 (vinte e oito) contribuições, conforme relação constante do Anexo III.

Através da NT 047/2009, de 11 de dezembro de 2009, a ANEEL analisou as contribuições recebidas e consolidou novo texto para a resolução normativa em questão e, após outras contribuições esparsas e finais, a ANEEL, em 10 de setembro de 2010, proferiu decisão colegiada de sua Diretoria aprovando a resolução normativa que trata das Condições Gerais do Fornecimento de Energia Elétrica, de número 414/2010.

### **3.4 As respostas da ANEEL**

Quando da formação do texto inaugural que possibilitou o início dos debates sobre a reforma da Res. 456/2000-ANEEL que tratava das condições gerais do fornecimento de energia elétrica, foram consideradas contribuições apresentadas no durante toda a vigência da resolução a ser substituída, conforme destacado no Item 05, da Nota Técnica nº 001/2009-SRC/ANEEL.

No entanto, não consta do processo administrativo analisado, instrumento que demonstre como se deu a avaliação destas contribuições pela ANEEL e, portanto, as justificativas para aceitação ou recusa das contribuições recebidas.

Após a realização da API nº 001/2007, formou-se novo texto base para discussão com os interessados.

Todavia, nas notas técnicas nº 003/2008 (postos de atendimento) e 004/2008 (consolidação de novo texto após contribuições), não restou especificado quais as contribuições que estavam sendo avaliadas e incorporadas. Apenas se aprovou alterações na minuta inicial proposta de forma justificada.

Após as muitas contribuições apresentadas durante da Consulta e Audiências Públicas nº 008/2008, confeccionou-se a Nota Técnica nº 001/2009-SRC/ANEEL, documento este que instrumentalizou a avaliação de todas as contribuições recebidas até então de forma especificada e com a indicação daquelas que estavam sendo incorporadas ao texto da

resolução a ser publicada, bem como das contribuições rejeitadas ou inaplicáveis.

Do Anexo I da nota técnica em referência, constou a identificação de quem apresentou a contribuição e de forma clara o seu resultado, separado por cada dispositivo do texto proposto, com a justificativa pela qual a contribuição foi “Aceita”, “Parcialmente Aceita”, “Não aceita”, “Não considerada” ou “Já Prevista”, conforme exemplos que constam do Anexo IV.

Salvo as contribuições cujo conteúdo já estava previsto no texto ou aquelas integralmente aceitas, a avaliação das demais contribuições foi devidamente justificada pelo órgão regulador. Como exemplo de contribuições oriundas de consumidores ou de outros interessados que foram aceitas e esta aceitação foi devidamente justificada, temos do Anexo V.

A rejeição das contribuições apresentadas também foram objeto de justificção, nos termos do Anexo VI.

Em seguida, as contribuições recebidas no decorrer da Consulta Pública nº 002/2009 foram avaliadas por meio da Nota Técnica nº 047/2009-SRC/ANEEL, de 11 de dezembro de 2009, que, além de utilizar da mesma abordagem de avaliação e justificativas para aceitação ou não das contribuições ofertadas, também destacou os pontos mais relevantes que, ao final, estavam sendo tratados na revisão.

A análise circunstanciada das contribuições pode ser encontrada no Anexo I, da referida nota técnica.

Portanto, é possível perceber que a análise das contribuições apresentadas pelo público em geral se deu de forma pormenorizada e com a apresentação das justificativas encontradas pelo Órgão Regulador para incorporar ou não as contribuições apresentadas pelos interessados. A análise e a tomada de posição se deu de forma individualizada por contribuições e artigos, com a indicação da origem de cada contribuição pelo nome do interessado.

### **3.5 A posição do Colegiado da ANEEL**

O colegiado composto pelos diretores da ANEEL manifestou-se pontual e especificamente em determinadas fases do procedimento administrativo levado a cabo para a revisão das condições gerais do fornecimento de energia elétrica.

Esta atuação teve relevância para o objeto deste estudo, uma vez que a Diretoria da ANEEL deliberou pela colocação do texto base em audiências e consultas públicas, permitindo, assim, a participação direta dos interessados na formação do ato normativo regulatório.

A primeira das decisões foi datada de 29 de janeiro de 2008 e aprovou a colocação “em Consulta Pública, no período de 1º de janeiro de 2008, das Notas Técnicas nº 003 e nº 004/2008-SRC/ANEEL e da minuta da Resolução Normativa (...) e pela posterior realização de Audiências Públicas sobre o assunto, com sessão presencial”.

Outra deliberação do Colegiado em questão foi a colocação do texto, após a Audiência nº 008/2008, à contribuição pelos interessados através da Consulta Pública nº 002/2009.

Coube também à Diretoria da ANEEL a aprovação da nova resolução normativa de nº 414, de 09 de setembro de 2010, após a análise pelas superintendências competentes de cerca de 3.000 (três mil) contribuições individualizadas por artigos, nos termos do voto do Sr. Romeu Donizete Rufino, Diretor da Agência.

### **3.6 Aplicabilidade da Legitimação pelo Procedimento**

A legitimidade de uma determinada estrutura é aferida mediante a verificação de sua capacidade de produzir a aceitação generalizada de suas decisões, ainda que estas sejam indeterminadas quanto ao seu conteúdo (LUHMANN, 1980, p.3).

Esta tarefa se tornou mais difícil em função do constante aumento da complexidade encontrada no seio da sociedade atual, uma vez que as mais diferentes expectativas necessitam ser tratadas, canalizadas e ajustadas por meio de um procedimento de natureza reflexiva, ou seja, que objetive realizar a composição entre os interesses das partes envolvidas, sempre considerando a superação da posição autoritária do Estado, outrora prevalente, para alcançar uma postura regulatória que eleve todos os interessados a um patamar de máximo equilíbrio possível (Estado, agentes regulados e demais interessados).

O procedimento normativo empreendido pelas agências reguladoras, notadamente aqueles referentes a serviços públicos de grande relevância, em termos de impactos econômicos e sociais, como é o caso do serviço de distribuição de energia elétrica, demanda a composição de interesses imersos num ambiente de considerável complexidade. Portanto,

torna-se bastante relevante a adoção de um procedimento decisório que realize seleções das expectativas mediante mecanismos que o torne permeável aos interesses manifestados pelos envolvidos.

As manifestações de diversos interesses no procedimento normativo é que permitirão que se realizem transformações estruturais nas expectativas dos interessados em torno dos temas tratados no procedimento e que, portanto, permitirão que se dê legitimação através dele. (LUHMANN, 1980, p. 35)

Assim, a ANEEL, no exercício de sua função normativa, necessita angariar a maior adesão possível ao produto de sua atividade normativa, pois, como restou destacado em outras passagens deste trabalho, a legitimidade exclusivamente pela função técnica mediante outorga legal e constitucional (restrição da legitimidade à legalidade) não é mais suficiente para isentar a norma de questionamentos, como poderia ocorrer num sistema regulatório de caráter não reflexivo.

Logo, não restam dúvidas acerca da possibilidade de avaliação do procedimento de produção normativa empreendido pela ANEEL, em especial o utilizado para a aprovação da denominada Res. Normativa nº 414/2010 através da Teoria da Legitimação pelo Procedimento de Luhmann (1980), uma vez que, mediante a análise do seu procedimento de produção foi possível observar uma preocupação constante com a sua legitimidade, com a utilização de mecanismos de manifestação dos interesses dos diversos grupos de impactados pela norma em questão. (BRASIL, 2010)

O reconhecimento da necessidade de um procedimento que confira legitimação ao exercício da função normativa pela ANEEL pode ser observado por meio do disposto na Resolução Normativa nº 273, de 10 de julho de 2007, que trata dos procedimentos de funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da mencionada Agência. (BRASIL, 2007).

Este normativo dispõe sobre a Audiência Pública como “instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição de atos normativos ou proposta de anteprojeto de lei” e a Consulta Pública como “instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividade de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da

sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão” (BRASIL, 2007).

O art. 16, §2º, da Res. Normativa nº 273 também traz em seu bojo a possibilidade de realização de Avaliação de Impacto Regulatório – AIR quando for proposta a realização de audiência pública. (BRASIL, 2007)

Assim, dadas as características do procedimento de produção normativa utilizado pela ANEEL e o impacto destes regramentos sobre a sociedade e os diversos segmentos econômicos que consomem este produto, não há dúvidas que esta produção merece observar um procedimento legitimador que lhe renda os atributos necessários para ser acolhida no seio social mediante a máxima redução possível de questionamentos sobre os seus dispositivos.

### **3.7 O procedimento adotado pode ser considerado como indutor de legitimidade?**

Segundo Luhmann (1980, p. 39) “os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração”. Como um sistema social, uma das características importantes “é uma relação com a complexidade do mundo. Por complexidade deve entender-se a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real – quer seja no mundo, (complexidade do mundo) quer seja num sistema (complexidade do sistema)”.

O procedimento tem o objetivo de reduzir esta complexidade, mediante um número limitado de possibilidades franqueadas ao condutor e às partes, obrigando a tomada de decisões de acordo com alguns estímulos que seleciona no ambiente:

Para cada construção dum sistema é significativo que ela apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita um número limitado de possibilidades e as leve a cabo. Os sistemas constituem uma diferença entre interior e exterior, no sentido duma diferenciação em complexidade, ou ordem. O seu ambiente é sempre excessivamente complexo, impossível de abarcar com a vista incontrolável; em contrapartida, a sua ordem própria é extremamente valiosa na medida em que reduz a complexidade; e como ação inerente ao sistema só admite, comparativamente, algumas possibilidades. À ordem inerente do sistema pertence ainda um projeto seletivo de ambiente, uma visão “subjéctiva” do mundo, que, de entre as possibilidades do mundo, só escolhe alguns fatos relevantes, acontecimentos, expectativas, que considera significativos. É através dessa redução que os sistemas permitem uma orientação inteligente da acção. (LUHMANN, 1980, p. 39).

Há, portanto, a circunscrição de cada sistema/procedimento a determinados fatos

e/ou finalidades o que, no caso em comento, de acordo com a discricionariedade técnica detida pela Agência em questão e com o princípio da eficiência, canalizou esforços na reforma das condições gerais de fornecimento de energia elétrica dando foco na redução das perdas não-técnicas, na qualidade do atendimento comercial, na inclusão e atualização de regras e nos conceitos e minimização dos custos operacionais (Nota Técnica nº 004/2008-SRC/ANEEL).

A sistemática de produção das normas pela Agência em referência, com a observância do disposto na Res. Normativa nº 273/2007 – ANEEL, da qual constam mecanismos que permitem a participação dos interessados na produção dos atos normativos (Consultas e Audiências Públicas), além da Análise de Impacto Regulatório – AIR, evidenciam a preocupação com a divulgação dos temas relevantes e com a obtenção de instrumentos que permitam a participação dos interessados na produção normativa de forma a garantir a máxima aderência regulatória possível ao modelo de regulação reflexiva. (BRASIL, 2007)

Isto permite a adequação do procedimento a determinados postulados da Teoria da Legitimação pelo Procedimento de Luhmann (1980). Primeiramente, em função da possibilidade de participação dos interessados no procedimento, o que permite o influxo de informações e de contribuições daqueles que suportarão o comando normativo regulatório.

Esta interação contribui, portanto, para a formação do comando e possibilita que estes interessados que contribuíram estejam mais aptos a isentar a norma de questionamentos relevantes o que, de certo, contribuirá para a constatação de um maior grau legitimidade da resolução em questão.

O mecanismo de avaliação das contribuições apresentadas, como demonstrado no item 3.4 (As Respostas da ANEEL) deste trabalho, com a indicação do resultado da contribuição e a respectiva justificativa de acolhimento ou não, certamente funcionam como um instrumento de ligação entre o Estado e o particular (interessado), tornando o processo apto a estabelecer uma comunicação efetiva e, portanto, capaz de implementar uma transformação estrutural das expectativas relacionadas ao instrumento normativo.

Este modelo de conduta implica num acontecimento real adequado aos regulamentos jurídicos acima indicados, de forma a enquadrar-se no conceito de Legitimação pelo Procedimento de Luhmann (1980, p. 35), que ora se repisa parcialmente:

A legitimação pelo procedimento (...) trata-se, antes, da transformação estrutural da

expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa.

Entretanto, algumas observações acerca do procedimento de convocação merecem atenção. Isto porque, a despeito da relevância e do alcance da norma revisada, não se observou a divulgação em grande mídia acerca da existência do procedimento de produção normativa que se estava levando a cabo. Não há no processo analisado uma evidência sequer dos meios de comunicação que possam ter sido utilizados para dar conhecimento à grande massa de consumidores de que a norma que regulamenta a sua relação com o prestador de serviços em energia elétrica.

Não há evidências de campanhas publicitárias veiculadas em mídia televisiva, publicações dos comunicados de audiência ou de consulta públicas em jornais de grande circulação. Talvez em função da Res. Normativa nº 273/2007-ANEEL não estabelecer esta obrigatoriedade. Todavia, não há como não se ressentir da ausência de uma comunicação mais ampla. (BRASIL, 2007)

Apesar disto, houve a publicação de convocações para contribuições nas faturas de consumo de energia elétrica, conforme evidenciado no item 3.2 (Instrumentos de informação e convocação para participação no procedimento normativo) deste trabalho.

Ocorre que as contribuições apresentadas pelos consumidores pessoas físicas, na maioria das vezes, demonstram extrema superficialidade no conhecimento sobre o objeto do procedimento. Nestes casos, a superficialidade foi tamanha que pareceu frustrar a finalidade pela qual o edital foi publicado, já que não se conseguiu estabelecer uma comunicação considerada efetiva entre a Agência e estes particulares e, portanto, tornou difícil compreender este procedimento como apto a reduzir a complexidade das relações mantidas entre a Agência e estes destinatários da norma, especificamente.

Apesar desta ressalva, é necessário destacar que foram analisadas mais de 3.000 (três mil) contribuições por artigo, conforme o voto apresentado pelo Diretor da ANEEL e que lastrou a aprovação das novas condições gerais de fornecimento de energia elétrica (Resolução 414/2010).

Interessados de vários segmentos envolvidos no consumo de energia elétrica participaram e contribuíram com o procedimento normativo avaliado, quais sejam alguns PROCON, Ministério Público Federal, associações de grandes e pequenos consumidores, distribuidoras e outros. Estas contribuições aperfeiçoaram o regulamento, e mais, com a

devida resposta, puderam contribuir com a aceitação do produto final do procedimento normativo, de forma a aproxima-lo ao que determina a Teoria da Legitimação pelo Procedimento de Luhmann (1980), referencial teórico deste trabalho.

## CONCLUSÃO

As reformas constitucionais operadas no final do século XX fizeram com que o Brasil ultrapassasse a fase do estado intervencionista desenvolvimentista e adentrasse na fase do Estado Regulador. Nesta fase, resta sobressaltada a postura estatal conciliadora, de forma a obter uma decisão estatal baseada na composição entre os interesses do Estado, dos agentes regulados e dos interessados, não deixando de perseguir as finalidades da atividade regulatória escolhidas pelo legislador.

A crescente demanda por serviços públicos e a facilidade na obtenção de informações pela sociedade estimularam o interesse e a participação direta dos interessados, integrantes dos mais diversos grupos, no processo decisório das agências reguladoras. Mais do que isto, a denominada Regulação Reflexiva exige esta participação, pois, o Estado não terá como realizar a composição dos interesses envolvidos no processo decisório se faltar a manifestação de interesse de qualquer das partes envolvidas.

Portanto, o mecanismo de manifestação de interesse de todos os envolvidos no processo de decisão regulatória, com a apresentação ou não de contribuições, revela-se, atualmente, mais do que um instrumento de participação, tornando-se essencial para que o Estado Regulador desempenhe satisfatoriamente o seu mister.

Entretanto, face as diversas discussões sobre a adequação do modelo regulatório às finalidades estabelecidas legal e constitucionalmente, bem como as discussões jurídicas relacionadas ao exercício da função normativa por um órgão regulador pertencente à estrutura (indireta) do Poder Executivo e cujos membros não são eleitos democraticamente, outorgam ainda mais importância aos mecanismos de participação colocados à disposição dos interessados.

Todos estes questionamentos podem implicar na perda de eficácia dos normativos regulatórios ou mesmo a sua desconsideração através do controle judicial, por exemplo, de forma que além dos instrumentos legais que outorgam competência normativa às agências reguladoras brasileiras e lhe dão legitimidade (legalidade) pela função, há a necessidade de se colocar em prática outros instrumentos que confirmem reforço de legitimidade a este poder normativo.

Sob esta perspectiva, a avaliação do procedimento de produção da Resolução Normativa nº 414/2010 ANEEL evidenciou que a ANEEL se utilizou de mecanismos de

legitimação da sua função normativa por meio da participação de diversos grupos de interessados, tais como associações de consumidores, PROCON, distribuidoras de energia elétrica e consumidores individuais.

Os instrumentos utilizados foram as audiências e as consultas públicas e as convocações se deram mediante a publicação de comunicados nos sítio eletrônico da Agência e no Diário Oficial da União. Além disto, foi publicado anúncio nas faturas de energia elétrica dos consumidores brasileiros para o envio de contribuições.

Foram recebidas mais de 3.000 (três mil) contribuições artigo por artigo e, consoante destacado acima, a Agência respondeu a estas contribuições de forma circunstanciada, apresentando as justificativas cabíveis pelas quais aceitou (parcial ou integralmente) ou rejeitou as contribuições apresentadas, de forma a estabelecer uma comunicação com os interessados que participaram do procedimento de produção normativa em questão.

A Legitimação pelo Procedimento dá-se mediante a utilização de instrumentos que permitam a transformação estrutural das expectativas dos envolvidos, fazendo com que se tornem mais aptos a aceitarem o produto da decisão. *In casu*, identificou-se o estabelecimento de uma comunicação eficaz entre a agência reguladora e os interessados (agentes econômicos e particulares), reduzindo a complexidade envolvida no objeto do procedimento.

É possível concluir, portanto, que o procedimento adotado pela ANEEL na aprovação da Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010, foi suficientemente aberto aos fluxos de contribuições dos mais diversos grupos de interessados, moldando o produto final do procedimento normativo e, assim, contribuindo para a redução dos questionamentos acerca deste produto. Portanto, esta constatação conduz à conclusão de que o procedimento adotado pode ser considerado como indutor de legitimidade, na forma da Teoria da Legitimação pelo Procedimento.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**. n. 148. Brasília, 2000.

\_\_\_\_\_, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes** – algumas desmistificações à luz do direito comparado. n. 155. Brasília, DF: Senado Federal. jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (org.). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Participação pública: audiências e consultas públicas: conselhos de consumidores**. Brasília, DF : ANEEL. 2013. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/biblioteca/downloads/livros/caderno-tematico-participacao-publica.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução normativa nº 400, de 13 de dezembro de 2016**. 2016. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf). Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Processo nº 48500.002402/2007-19**. v. 1, n. 49. 2007. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br>. Acesso em 01 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução normativa nº 273, de 10 de julho de 2007**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2007273.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução normativa nº 414, de 09 de setembro de 2010**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 4 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 7 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 7 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 7 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 7 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 4 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D21402.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21402.htm). Acesso em: 4 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2335.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM). Acesso em: 13 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2338.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2338.htm). Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029.htm). Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3327.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm). Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm). Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm). Acesso em: 30 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm). Acesso em: 30 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.** Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm). Acesso em: 28 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Empresa Brasileira de Pesquisa Energética – EPE. **Relatório de consumo nacional de energia elétrica na rede por classe: 1995-2013.** 2014. Disponível em:  
<http://www.epe.gov.br/mercado/Paginas/Consumonacionaldeenergiael%C3%A9tricaporclasse%E2%80%931995-2009.aspx>. Acesso em: 12 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Empresa Brasileira de Pesquisa Energética – EPE. **Anuário Estatístico de Energia Elétrica 2011.** 2011. Disponível em:  
[http://www.epe.gov.br/AnuarioEstatisticodeEnergiaEletrica/20111213\\_1.pdf](http://www.epe.gov.br/AnuarioEstatisticodeEnergiaEletrica/20111213_1.pdf). Acesso em 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm). Acesso em: 16 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm). Acesso em: 16 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L9472.htm](https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9472.htm). Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm). Acesso em 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9782compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782compilado.htm). Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. **Portal Brasil**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/11/energia-eletrica-chega-a-97-8-dos-domicilios-brasileiros-mostra-censo-demografico>. Publicada em 16 nov. 2011. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 89, de 14 de dezembro de 2016**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127828>. Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 - DF**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 1º de setembro de 2006.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade** – uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas : Millennium , 2006.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de Direito**. Trad. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública/ 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública – RAP**. n, 42. Rio de Janeiro: FGV, set./out., 2008.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo : Dialética. 2001.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos Fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2012.

DUARTE JR., Ricardo César Ferreira. **Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá. 2014.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporaneo**. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito regulatório brasileiro. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá. 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Redae – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. 6. ed. Salvador, 2006.

GUERRA, Sérgio. **Serviços Públicos e Controle da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO. 2010.

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

LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo**. São Paulo : Baraúna. 2013.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**. V. 49. n. 2. Abr./jun., 1998.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília. 1980.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. In: **Revista de Direito Administrativo**. 228. p. 13-29. Rio de Janeiro. abr/jun., 2002.

MOREIRA, Engo Bockmann. Direito administrativo contemporâneo e a intervenção do estado na ordem econômica. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. n, 10, maio/jun./jul., 2007.

NAVES, Rubens. Agências reguladoras: origens e perspectivas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Frederico Lobo de; MATOS, Fernanda Ferreira; ROSA, Victor Hugo da Silva. **Publicidade do processo decisório: a experiência da agência nacional de energia elétrica – ANEEL**. Disponível em [http://repositorio.fjp.mg.gov.br/consad/bitstream/123456789/741/1/C4\\_TP\\_PUBLICIDADE%20DO%20PROCESSO%20DECIS%C3%93RIO%20A%20EXPERI%C3%8ANCIA.pdf](http://repositorio.fjp.mg.gov.br/consad/bitstream/123456789/741/1/C4_TP_PUBLICIDADE%20DO%20PROCESSO%20DECIS%C3%93RIO%20A%20EXPERI%C3%8ANCIA.pdf), 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídico-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.) **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A crise da América Latina: consenso de Washington ou crise fiscal? **Pesquisa e Planejamento Econômico**. n. 1. Rio de Janeiro : IPEA, p. 3-24, abr./ 1991.

\_\_\_\_\_. **Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Trad. Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, Joyce Michelle de Mel; NELSON, Antonio Rangel Rosso. Agências Reguladoras e o “aparente conflito” com a tripartição dos poderes. **Revista de direito constitucional**. 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; MEDEIROS, Maria Eduarda. **A efetividade de participação do usuário nas audiências públicas promovidas pela ANEEL** In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica**. Tomo II. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

SANTANA, Angela. A reforma do Estado no Brasil: estratégias e resultados. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, **Anais...** Lisboa, Portugal, out. 2002.

SILVA, Sérgio André R. G da. A legitimidade das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. n. 235, 2004.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro** (Evolução Institucional). São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo : Malheiros, 2013.

SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

TAVARES, Andre Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2011.

**ANEXOS**

## ANEXO I

Lista de Contribuições da 1ª Fase da Audiência 008/2008		
Nº	Nome	Nº do SIC
1	Vitor Rocha	48542.000520/2008-00
2	Luiz Antonio Pereira de Araujo	48542.000521/2008-00
3	Tiburtino Jose Dias de Lacerda	48542.000522/2008-00
4	Gabriela Prieto	48542.000523/2008-00
5	Antonio José A. Moraes	48542.000585/2008-00
6	Jadina Amaral Soares	48542.000862/2008-00
7	Fritz Walter Mohn	48542.000863/2008-00
8	Plinio Milano	48542.001537/2008-00
9	Eunice Santos	48542.001538/2008-00
10	Mauricio Meinerz	48542.001539/2008-00
11	Cleudes L Caetano	48542.001540/2008-00
12	Rafael Prado de Oliveira	48542.001541/2008-00
13	Carlos Henrique Wanderley Rocha	48542.001542/2008-00
14	Jorge Vanderlei Pingas e Ari Osmar Martins Kinor	48542.001543/2008-00
15	Cláudio Furnigare	48542.001544/2008-00
16	Miguel Bernardes Damasceno	48542.001545/2008-00
17	Alexander Rosalem	48542.001546/2008-00
18	André Luiz Matras	48542.001821/2008-00
19	Marcos Bertoncini	48542.001822/2008-00
20	Companhia de Engenharia de Tráfego de Santos-SP	48542.001831/2008-00
21	Wilson Ferrareze	48542.001823/2008-00
22	Ronaldo M Franchini	48542.001824/2008-00
23	Secretaria Municipal de Transportes de São José - SC	48542.001832/2008-00
24	João N O Vilas Boas	48542.001825/2008-00
25	Rogério Carvalho de Godoy	48542.001826/2008-00
26	Yamani Samuel Fernandes	48542.001827/2008-00
27	Prefeitura Municipal de Belo Horizonte	48512.014698/2008-00
28	Adilson Carvalho	48542.001828/2008-00
29	Daniele Freitas	48542.001829/2008-00
30	Cleverson Villela Soares	48542.001830/2008-00
31	Antonio Cristovao Kipper	48542.001833/2008-00
32	Roberto de Araújo Pereira	48542.001834/2008-00
33	Felipe da Silva Duarte	48542.001835/2008-00
34	Raimundo N R Vieira	48542.001836/2008-00
35	Jorge Hasegawa	48542.001837/2008-00
36	BHTrans	48512.013905/2008-00

37	ONS	48542.01838/2008-00
38	Roberto Pereira d'Araújo	48542.001839/2008-00
39	Contribuições solicitando redução da taxa de energia	48542.001840/2008-00
40	Bernardo Melman	48542.001841/2008-00
41	Milton S. O. Verissimo	48542.001842/2008-00
42	Samuel da Silva de Paiva	48542.001843/2008-00
43	Valcir Vilela	48542.001844/2008-00
44	Adilson de Oliveira Perinei	48542.001845/2008-00
45	Instituto Porto Alegre Ambiental	48542.001907/2008-00
46	Marcos Meira Witkowski	48542.001846/2008-00
47	Fernanda Cristina de Oliveira Silva	48542.001847/2008-00
48	Wagner Pereira Prado da Silva	48542.001848/2008-00
49	Ezequiel Fernandes	48542.001849/2008-00
50	Cecilia Barreto Ferreira	48542.001850/2008-00
51	Naldi Joviano dos Santos	48542.001851/2008-00
52	Conselho de Consumidores - Escelsa	48542.001852/2008-00
53	Marcio Simmer	48542.001853/2008-00
54	George W L Carvalho	48542.001854/2008-00
55	Antonio Carlos Novaes	48542.001855/2008-00
56	Marco Antonio Meloti Fernandes	48542.001856/2008-00
57	Werlei Borges Roque	48542.001857/2008-00
58	João Freitas	48542.001858/2008-00
59	Francisco Figueiredo	48542.001859/2008-00
60	Certaja Energia	48542.001860/2008-00
61	JA Consultorias	48542.001861/2008-00
62	Cercar	48542.001862/2008-00
63	CEB Distribuição	48542.001863/2008-00
64	Conselho de Consumidores - Boa Vista Energia	48542.001864/2008-00
65	Claudiney Ferreira Diniz	48542.001865/2008-00
66	Coamo	48542.001866/2008-00
67	Sindistal	48542.001867/2008-00
68	Coprel	48542.001868/2008-00
69	ANTP Comissão Metroviária	48542.001869/2008-00
70	Rubens Figueiredo Nogueira	48542.001870/2008-00
71	Deolindo Menck	48542.001871/2008-00
72	Boa Vista Energia	48542.001872/2008-00
73	RGE	48542.001873/2008-00
74	Infracoop	48542.001874/2008-00

75	CPFL Energia	48542.001939/2008-00
76	Conselho de Consumidores - Celpe	48542.001876/2008-00
77	Maria Inês Teixeira	48542.001877/2008-00
78	Seesp	48542.001878/2008-00
79	Conselho de Consumidores da AES Sul	48542.001880/2008-00
80	Fernando Antonio Lima	48542.001908/2008-00
81	Nevi Consultoria	48542.001909/2008-00
82	Proluz Consultoria	48542.001910/2008-00
83	Conselho de Consumidores - Hidropan	48542.001881/2008-00
84	Raul Ferreira Bártholo	48542.001882/2008-00
85	Fecoerusc	48542.001883/2008-00
86	Firmar Engenharia	48542.001911/2008-00
87	Conselho de Consumidores da Cemig	48542.001884/2008-00
88	Natalino Barbieri	48542.001894/2008-00
89	Antonio Cezar Jannuzzi	48542.001879/2008-00
90	Sinergia CUT	48542.001886/2008-00
91	Grêmio SER Sudeste	48542.001912/2008-00
92	Paulo Takeyama	48542.001887/2008-00
93	Manuel Paes	48542.001888/2008-00
94	Eliana Trindade Menuchi	48542.001889/2008-00
95	Fórum Sul e Sudeste de Ouvidores das Concessionárias de Energia	48542.001913/2008-00
96	Walmor Urban	48542.001890/2008-00
97	Sergio Gandara Bastardo	48542.001891/2008-00
98	Fitas Metálicas	48542.001914/2008-00
99	PURE-USP	48542.001915/2008-00
100	Embasa	48542.001892/2008-00
101	Marcos Tadeu Azzi	48542.001893/2008-00
102	Conselho de Consumidores - Ampla	48512.019045/2008-00
103	José Maria Tiago	48542.001895/2008-00
104	Ruy Mauricio Ribeiro	48542.001896/2008-00
105	Antonio Perna	48542.001897/2008-00
106	Manoel C Brison	48542.001898/2008-00
107	Yoshiko Wakabayashi	48542.001899/2008-00
108	Wander de Souza Nogueira	48542.001900/2008-00
109	Fenelon Ribeiro	48542.001901/2008-00
110	Marcos da Silva Rodrigues	48542.001902/2008-00
111	Marcos Aurélio Correia	48542.001903/2008-00
112	PG Eletricidade Industrial	48512.017643/2008-00

113	ANA	48512.015340/2008-00
114	Casac	48542.001247/2008-00
115	Eduardo Cunha Consultoria	48542.001533/2008-00
116	Firjan	48512.017964/2008-00
117	Carlos Antônio da Silva Franca	48542.001904/2008-00
118	Celtins	48542.001905/2008-00
119	Prefeitura Municipal de Campina Grande - PB	48512.017588/2008-00
120	Marcelo Munhoz	48542.001916/2008-00
121	Abrace	48542.001917/2008-00
122	Energias do Brasil	48542.001918/2008-00
123	Light	48542.001938/2008-00
124	Procon-SP	48542.001933/2008-00
125	Cagepa	48542.001941/2008-00
126	Cemig	48542.001936/2008-00
127	Sulgipe	48542.001945/2008-00
128	Celg	48542.001942/2008-00
129	CPTM	48542.001946/2008-00
130	Edneiter Martins Camilo	48542.001947/2008-00
131	Procon-RS	48542.001949/2008-00
132	Eletropaulo	48542.001937/2008-00
133	Secretaria de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo	48542.001951/2008-00
134	Movimento de Donas de Casa e Consumidores do RS	48542.001948/2008-00
135	Anace	48542.001935/2008-00
136	AES Sul	48542.001934/2008-00
137	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE	48542.001944/2008-00
138	Endesa Brasil	48542.001940/2008-00
139	Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor	48542.001952/2008-00
140	Petrobras	48542.001943/2008-00
141	CCEE	48542.001950/2008-00
142	Neoenergia	48542.001953/2008-00
143	Roberto Domingues Alves dos Santos	48542.001954/2008-00
144	Abradee	48542.001875/2008-00
145	Empresa Luz e Força Santa Maria	48542.001964/2008-00
146	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec	48542.001983/2008-00
147	Telmo Freire Guimarães	48542.001977/2008-00
148	Pro Teste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor	48542.001981/2008-00
149	Luiz Cyrillo de Lima	48542.001978/2008-00
150	Leonardo José dos Santos Lourenço	48542.001979/2008-00
151	Ivan da Silva Moraes	48542.001980/2008-00
152	Cemar	48542.001982/2008-00
153	Ministério Público Federal – Procuradoria da República em São Paulo	48542.001997/2008-00
154	Fiesp	48512.018639/2008-00
155	Comissão de Serviços Públicos da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul	48542.001536/2008-00 Anexo 1 do processo

Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica (BRASIL, 2007)

## ANEXO II

Lista complementar de contribuições da 1ª fase da Audiência 008/2008		
Nº	Nome	Nº do SIC
156	Solicitações de esclarecimentos sobre a AP 008/2008	48542.002246/2008-00
157	Contribuições com casos específicos	48542.002245/2008-00
158	Sebastião Alves dos Santos	48542.002248/2008-00
159	Aracy Antônia Miranda Azevedo	48542.002249/2008-00
160	Angelina Corrêa	48542.002250/2008-00
161	Ilda Lúcia da Silva	48542.002251/2008-00
162	Maria José da Silva Reis	48542.002252/2008-00
163	Ademir Gomes de Souza	48542.002253/2008-00
164	Ademir Ramos	48542.002254/2008-00
165	Adil Miranda	48542.002255/2008-00
166	Ailton Lovato da Rocha	48542.002256/2008-00
167	Alberto	48542.002257/2008-00
168	Alex Augusto Nereu	48542.002258/2008-00
169	Alexandre Rosalem	48542.002259/2008-00
170	Aline Pereira Barros	48542.002260/2008-00
171	Amélia Gonçalves da Rocha	48542.002261/2008-00
172	Andrea Alves Virginio Barcelos	48542.002262/2008-00
173	Angela Brito	48542.002263/2008-00
174	Antonio Carlos	48542.002264/2008-00
175	Antonio Roberto de Sá	48542.002265/2008-00
176	Antonio Sacramento	48542.002266/2008-00
177	Arnaldo Gonçalves Figueiredo	48542.002267/2008-00
178	Benedito Doremberg Menezes de Azevedo	48542.002268/2008-00
179	Carla Costa Matias	48542.002269/2008-00
180	Carlos Borges	48542.002270/2008-00
181	Carlos Cesar C. S. Brandão	48542.002271/2008-00
182	Carlos Eduardo Cosenza Aveiro	48542.002272/2008-00
183	Carlos Pereira	48542.002273/2008-00
184	Carlos Vail de Lucca	48542.002274/2008-00
185	Cassio Teixeira Oliveira	48542.002275/2008-00
186	Claudia do Carmo	48542.002276/2008-00
187	Claudio Dias Chaves	48542.002277/2008-00
188	Claudio Fonseca Soares	48542.002278/2008-00
189	Cleide Pereira Cavalcanti	48542.002279/2008-00
190	Consumidor 1	48542.002281/2008-00
191	Cosmelina Sebastiana	48542.002282/2008-00

192	Daniel Paiva	48542.002283/2008-00
193	Daniela Perez	48542.002284/2008-00
194	Edson Leite	48542.002285/2008-00
195	Eduardo Antunes do Carmo	48542.002286/2008-00
196	Elizabeth de Fátima Scaravelli	48542.002287/2008-00
197	Evelyn Matias Vallim	48542.002288/2008-00
198	Fabiana Cristina Silva	48542.002289/2008-00
199	Felicio Antonio Ferreira	48542.002290/2008-00
200	Fernando Lopes	48542.002291/2008-00
201	Francisco Sales	48542.002292/2008-00
202	Geraldo H. Ballista	48542.002293/2008-00
203	Geraldo Magela Duarte	48542.002294/2008-00
204	Gisele Saad Lopes	48542.002295/2008-00
205	H. A. Motta	48542.002296/2008-00
206	Hildebrando Gomide de Oliveira	48542.002297/2008-00
207	Hiroko Matsumoto	48542.002298/2008-00
208	Jaime Rocha Costa	48542.002300/2008-00
209	Jander Brasil Albemaz Rezende	48542.002313/2008-00
210	Jane de Almeida	48542.002315/2008-00
211	Jaqueline Rezende	48542.002316/2008-00
212	Joanna Kossatz	48542.002318/2008-00
213	João Caetano Sobral Iglesias	48542.002321/2008-00
214	João Carlos Morais Costa	48542.002324/2008-00
215	João Trota Rodrigues Junior	48542.002326/2008-00
216	Joeider Pacifico	48542.002329/2008-00
217	Joel Augusto Muniz	48542.002334/2008-00
218	Jorge Colaco	48542.002337/2008-00
219	José Carlos Cardoso	48542.002339/2008-00
220	José Gilberto Stoco	48542.002341/2008-00
221	José Luiz Britto Bastos	48542.002344/2008-00
222	José Rossinol Sobrinho	48542.002346/2008-00
223	José Vital Romboli	48542.002349/2008-00
224	Juarez Carvalho	48542.002350/2008-00
225	Julio Cesar Ferreira Silva	48542.002351/2008-00
226	Lea Marta	48542.002352/2008-00
227	Luciene Mendes dos Santos	48542.002353/2008-00
228	Luiz Lara Leite Jr.	48542.002354/2008-00
229	Luzia Maria de Freitas	48542.002355/2008-00

230	Madalena Trindade de Paula	48542.002357/2008-00
231	Maria E. da Glória da Costa Vasconcellos	48542.002358/2008-00
232	Maria Elisabete	48542.002360/2008-00
233	Maria Inês Teixeira	48542.002361/2008-00
234	Maira José Bengochea Maydana	48542.002362/2008-00
235	Maria Madalena de Freitas Botelho	48542.002363/2008-00
236	Marino Cantagalli	48542.002299/2008-00
237	Mario Tessari	48542.002301/2008-00
238	Marly Braz da Silva	48542.002302/2008-00
239	Martha Jalkauskas	48542.002303/2008-00
240	Milton Verissimo	48542.002304/2008-00
241	Mohandas Vinicius	48542.002305/2008-00
242	Mônica G. S.	48542.002306/2008-00
243	Múcio Ribeiro de Rezende	48542.002307/2008-00
244	Nara Martins Silva	48542.002308/2008-00
245	Neuza Teixeira da Costa	48542.002309/2008-00
246	Oscar Foernges	48542.002310/2008-00
247	Osmar Angelino	48542.002311/2008-00
248	Oswaldo Simões	48542.002312/2008-00
249	Patricia Parente	48542.002314/2008-00
250	Paula Bastos Guimarães de Faria	48542.002317/2008-00
251	Pedro Cortez	48542.002319/2008-00
252	Pedro Luiz Schmitz	48542.002320/2008-00
253	Perla Araújo	48542.002322/2008-00
254	R&R Náutica	48542.002323/2008-00
255	Rafaela Arifa Mourão	48542.002325/2008-00
256	Raquel Maia	48542.002327/2008-00
257	Reinaldo	48542.002328/2008-00
258	Rogério Rodrigues da Silva	48542.002330/2008-00
259	Rogério	48542.002331/2008-00
260	Rosa Maria de Oliveira	48542.002332/2008-00
261	Rosana Sodré	48542.002333/2008-00
262	Rubens Galvão	48542.002335/2008-00
263	Selma	48542.002336/2008-00
264	Selson Zenóbio de Oliveira	48542.002338/2008-00
265	Simone Ferreira	48542.002340/2008-00
266	Sirlene Fernandes da Silva	48542.002342/2008-00
267	Sônia Aparecida dos Santos	48542.002343/2008-00
268	Teresa Toneto de Moura	48542.002345/2008-00
269	Tereza Cristina Oliveira da Cruz	48542.002347/2008-00
270	Vera Valim	48542.002348/2008-00
271	W. Sanches	48542.002356/2008-00
272	Wilson Pereira	48542.002359/2008-00

Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica (BRASIL, 2007)

## ANEXO III

Lista de contribuições da 1ª fase da Consulta Pública 017/2009		
Nº	Empresa	Nº documento
1.	Abrace	48542.000916/2009-00
2.	Abraceel	48542.000915/2009-00
3.	Abradee	48542.000923/2009-00
4.	Antonio Cezar Jannuzzi e Marcos Villaça Freitas – Consultores	48542.000912/2009-00
5.	Vereador Pedro Lucas Rodrigues – Câmara Municipal de Patos de Minas	48512.004893/2009-00
6.	Cecil Laminação de Metais	48542.000964/2009-00
7.	CEEE Distribuição	48542.000918/2009-00
8.	Cepel	48512.009417/2009-00
9.	Elektro	48542.000917/2009-00
10.	Empresa Luz e Força Santa Maria	48542.000960/2009-00
11.	Energisa	48542.000959/2009-00
12.	Enio Mauricio Moronte Filho – Consumidor	48542.000927/2009-00
13.	Fiergs	48542.000962/2009-00
14.	Idec	48542.000920/2009-00
15.	Infracoop	48542.000963/2009-00
16.	Jorge Hasegawa – Consultor	48512.009445/2009-00
17.	Mineração Caraíba	48542.000919/2009-00
18.	Ministério da Justiça – Secretaria de Direito Econômico – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor	48542.000914/2009-00
19.	Procon – Rio Grande do Sul	48512.004410/2009-00
20.	Sérgio Souza da Cunha – Consumidor	48542.000363/2009-00
21.	CPFL Energia (Também disponível em CD como anexo nº 002 deste processo)	48512.011041/2009-00
22.	Milton S. O. Veríssimo – Consultor	48512.010344/2009-00
23.	Light	48542.000913/2009-00
24.	Sindieletró – Minas Gerais	48512.010649/2009-00
25.	Sinergia CUT	48542.000961/2009-00
26.	Chenut Oliveira Santiago	48542.001203/2009-00
27.	Milton Veríssimo – Consultor	48556.001462/2009-00
28.	Contribuições encaminhadas pelo sistema do sítio da ANEEL na internet	Em CD/encadernadas, anexo nº 003 deste processo

Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica (BRASIL, 2007)

## ANEXO IV

<p><b>Contribuição: Endesa Brasil</b></p> <p>h) apresentação de documento devidamente registrado em Cartório de Registro de Imóvel ou em Cartório de Títulos e Documentos, que comprove a locação do imóvel, ou a propriedade ou posse legítima do imóvel, para fins de transferência da titularidade sobre unidade consumidora</p>	<p><b>Justificativa</b></p> <p>A troca de titularidade tem sido largamente utilizada para que haja a fuga de dívida. Como não existe necessidade de registros oficiais referentes ao imóvel e como não existe a possibilidade de vínculo entre a dívida e imóvel, é usual a utilização da troca de titularidade para que não haja suspensão do fornecimento devido a alguma dívida acumulada.</p>	<p><b>Avaliação ANEEL: Aceita</b></p> <p>Estamos adequando na minuta para que pedido de ligação e alteração de titularidade tenham o mesmo procedimento.</p>
<p><b>Contribuição: Antonio Carlos Novaes</b></p> <p>Inclusão da definição de Ouvidoria no artigo 2 da proposta apresentada pela ANEEL, conforme segue:</p> <p>"Ouvidoria é um componente organizacional da concessionária, com a atribuição de acolher, acompanhar, analisar e responder as manifestações dos consumidores cujas situações apresentadas não tenham sido satisfatoriamente solucionadas pelos primeiros canais de atendimento, visando assim a garantir um canal direto de relacionamento com o cliente, bem como o aprimoramento contínuo da organização."</p>	<p><b>Justificativa</b></p> <p>"Ouvidoria é um componente organizacional da concessionária, com a atribuição de acolher, acompanhar, analisar e responder as manifestações dos consumidores cujas situações apresentadas não tenham sido satisfatoriamente solucionadas pelos primeiros canais de atendimento, visando assim a garantir um canal direto de relacionamento com o cliente, bem como o aprimoramento contínuo da organização."</p>	<p><b>Avaliação ANEEL: Não Aceita</b></p> <p>Não Aceita. Haverá uma seção que tratará da ouvidoria, porém sua adoção será facultada a cada distribuidora.</p>
<p><b>Contribuição: ABRADEE</b></p> <p>Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:</p> <p>I - Agricultura de Subsistência: Produção de vegetais para necessidades imediatas de consumo alimentar.</p> <p>II - Agricultura: Cultivo do solo natural para produção de vegetais que sirvam à alimentação humana.</p> <p>III - Carga instalada: soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (kW).</p> <p>IV - Distribuidora: agente titular de concessão ou permissão federal para prestar o serviço público de distribuição de energia elétrica.</p>	<p><b>Justificativa</b></p> <p>A proposta é restritiva e impossibilita a inclusão na classe rural de atividades como floricultura, reflorestamento, cultivo do algodão, da mamona, etc. Caso seja esta a intenção da ANEEL, sugerimos a alteração do art. 16 do Decreto nº 62.724/68, já que tal decisão aproxima-se mais de uma questão de política, do que simples regulamentação.</p>	<p><b>Avaliação ANEEL: Parcialmente Aceita</b></p> <p>O conceito da tarifa rural se origina na implementação da produção de alimentos. Vide art. 23 do Dec. 62.724/68.</p>
<p><b>Contribuição: Empresa Luz e Força Santa Maria</b></p> <p>Art. 2º .....</p> <p>IX - Contrato de adesão: .....</p>	<p><b>Justificativa</b></p> <p>Pela definição da ANEEL, o contrato é blindado, não podendo ser alterado nem pelo consumidor, nem pela distribuidora. Contudo, no tocante ao prazo de vigência, não previsto no contrato em vigor, deverá haver flexibilização para atender às situações propostas (art. 17- ANEEL, § 1º-ANEEL e § 3º do Art. 62-ELFSM)</p>	<p><b>Avaliação ANEEL: Não Considerada</b></p> <p>Não Considerada. A contribuição não foi compreendida.</p>

Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica (BRASIL, 2007)

## ANEXO V

<b>Contribuição: Neenergia</b>	<b>Justificativa</b>	<b>Avaliação ANEEL: Aceita</b>
<p>Art. 22. A vistoria de unidade consumidora, quando de fornecimento em tensão de distribuição inferior a 69 kV, será efetuada no prazo de até 3 (três) dias úteis na área urbana e até 5 (cinco) dias úteis na área rural, contados da data do pedido de fornecimento, ressalvado os casos previstos de aprovação de projeto.</p> <p>Parágrafo único. Ocorrendo reprovação das instalações de entrada de energia elétrica, a distribuidora deverá informar ao interessado, por escrito, no prazo máximo de até 3 (três) dias úteis, com entrega comprovada, o respectivo motivo e as providências corretivas necessárias.</p>	<p>Para a área rural será previsto um prazo maior, tomando-se por base a diferenciação de prazo de ligação previsto no art. 23.</p> <p>Quando se refere a vistoria em unidades consumidoras do grupo B, observa-se que dificilmente encontra-se o responsável no local da obra. Essa condição acarretará aumento de custos no serviço da distribuidora, contrariando o objetivo da ANEEL para a modicidade tarifária.</p>	<p>Efetuada a abertura dos prazos.</p> <p>Aceita-se a retirada do termo "entrega comprovada" embora em caso de reprovação das instalações de energia elétrica, considera-se fundamental que o interessado seja efetivamente notificado.</p>
<b>Contribuição: Jorge Hasegawa</b>	<b>Justificativa</b>	<b>Avaliação ANEEL: Aceita</b>
<p>Inciso III</p> <p>A obra poderá ser executada por terceiro habilitado, contratado pelo interessado</p>	<p>Há necessidade de definir claramente o termo "legalmente habilitado", pois poderá atravesar as construções das unidades do grupo B-1 (residenciais).</p>	<p>O termo "legalmente habilitado" está definido na NR-10 como: "previamente qualificado e com registro no competente conselho de classe." e foi inserido no artigo.</p>

Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica (BRASIL, 2007)

## ANEXO VI

<b>Contribuição: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A.</b>	<b>Justificativa</b>	<b>Avaliação ANEEL: Não Aceita</b>
<p>Art. 54. Caso sejam instalados equipamentos automáticos de controle de carga, que reduzam o consumo de energia elétrica do sistema de iluminação pública, o solicitante deverá instalar estrutura que permita a medição específica da carga controlada por estes equipamentos.</p> <p>Art. 54 B. O poder público será responsável por informar qualquer alteração na base de seus ativos de iluminação pública.</p>	<p>Os equipamentos citados neste artigo são sujeitos a defeitos, a revisão de faturamento neste caso está sujeito a erros de previsão, maiores do que as atualmente existentes. A instalação da medição deve ser sempre perseguida, e as prefeituras que possuem recursos para instalar este tipo de equipamento com certeza possuem recursos para instalação de um simples padrão de medição juntamente com um circuito exclusivo. A melhor maneira de identificar o consumo real do sistema de IP é através da instalação de medição. Como os equipamentos de controle de carga não estarão sob controle da distribuidora, é necessário que neste caso seja obrigatória a instalação de medição.</p>	<p>A distribuidora deverá analisar o projeto e exigir os ensaios dos órgãos competentes antes de permitir a instalação dos equipamentos.</p> <p>Caso o sistema seja exclusivo de IP, a instalação de medição é uma prerrogativa da distribuidora nos termos do art. 26.</p>
<b>Contribuição: ANACE</b>	<b>Justificativa</b>	<b>Avaliação ANEEL: Não Aceita</b>
<p>Art. 55. A distribuidora deverá oferecer direito de escolha ao a cada 6 (seis) meses obrigatoriamente analisar o faturamento do consumidor, responsável por unidade consumidora do Grupo "A", comunicando-o sobre uma nova opção de faturamento mais adequado para o mesmo, oferecendo o direito de escolha, para inclusão na estrutura tarifária convencional ou hora-sazonal, de acordo com os seguintes critérios. Caso a concessionária não proceda conforme o acima estabelecido, no prazo de 3 (três) meses, a partir do quarto mês o consumidor terá direito ao ressarcimento do montante de redução de faturamento que esta ação poderia ter ocasionado.</p>	<p>Não podemos considerar que o consumidor do grupo "A" tem suficiente conhecimento da regulação para saber quando será melhor uma mudança na estrutura de sua tarifa. Assim propomos que a concessionária seja obrigada a avisar essa nova condição ao consumidor. E caso não o faça que a regulamentação estabeleça que a concessionária, após um certo período deve ressarcir o consumidor.</p>	<p>O contrato de fornecimento deve trazer as informações adequadas com relação a estrutura tarifária, cabendo a concessionária o esclarecimentos de quaisquer dúvidas do consumidor. Tal alteração, se acatada, aumentaria os custos da distribuidora com possíveis reflexos tarifários.</p>

Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica (BRASIL, 2007)