

Introdução

As transformações pelas quais passou o Estado, desencadeadas por dinâmicas internas e externas que se conjugaram,¹ criaram as condições necessárias para a formação do Estado capitalista regulador.²

A inovação da ação regulatória moderna reside no fato da mesma possuir um conteúdo mais amplo e variado, bem como ter sua atividade desempenhada por entidades públicas com considerável autonomia administrativa e financeira, em relação à administração direta do Estado. Por inspiração do direito norte-americano, recebem essas entidades a denominação de agências reguladoras independentes (*independent regulatory agencies*). Nesse contexto, são atribuídas às agências um complexo de funções específicas de natureza normativa (edição de normas técnicas com força de lei - *rulemaking*), executivas (executar as leis votadas pelo legislativo e conduzir as atividades governamentais) e judicantes

¹ Segundo Jacques Chevallier, as dinâmicas internas vão pesar para uma reavaliação da relação Estado/sociedade; e as dinâmicas externas irão contribuir para minar certas posições conquistadas pelo Estado. A ação combinada desses fatores tende a afetar o modelo estatal sob quatro pontos, ao menos: primeiramente, o processo de globalização em curso coloca o Estado num contexto de interdependência estrutural, que torna obsoleta a concepção tradicional de soberania; em seguida, a perda do Estado do comando sobre uma série de variáveis essenciais de que depende o desenvolvimento econômico e social acarreta uma redefinição de suas funções; correlativamente, a clareza e precisão das fronteiras entre o público e o privado tendem a se atenuar, entranhando uma banalização da gestão pública; enfim, nos casos em que o Estado estiver organizado de um modo unitário, assiste-se a um movimento de fragmentação e de defeneração de aparelhos cada vez mais heterogêneos. Cf. *O Estado pós-moderno*, p. 29. No mesmo sentido, observa Gustavo Zagrebelsky que desde o final do século passado atuam vigorosamente forças corrosivas em relação à soberania estatal, tanto interna como externamente: o pluralismo político e social interno; a formação de centros de poder alternativo e concorrentes com o Estado, que operam no campo político, econômico, cultural e religioso, com frequência em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização, promovida às vezes pelos próprios Estados, de contextos que integram seus poderes em dimensões supraestatais; e a atribuição de direitos subjetivos que podem ser exercidos perante jurisdições internacionais frente aos Estados a que pertencem. Cf. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 11-12.

² Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a figura inovadora de um Estado centrado na regulação econômica é uma realidade concreta que prenuncia a emergência de um novo modelo de Estado e, quiçá, de uma nova concepção de Direito, que terão amplas condições de amadurecer neste século, certamente na linha da democracia material, da consensualidade, da subsidiariedade e da participação, entre outros vetores evolutivos envolvidos no processo. Cf. *Direito Regulatório*, p. 209.

(condução de investigações de condutas irregulares dos agentes regulados e o julgamento de litígios inerentes à atividade objeto da regulação - adjudication).

Sob uma perspectiva histórica, o modelo de regulação por meio de entidades públicas independentes surgiu no contexto político, econômico e social da passagem do Estado liberal para o Estado social. As primeiras agências reguladoras americanas foram criadas para corrigir as distorções que comprometiam o mercado, relativizando as garantias econômicas liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual.³ Posteriormente, no contexto da crise econômica dos anos 1930, foram criadas para fins de intervenção do Estado na ordem econômica e social.⁴

A partir dos anos 1970, o modelo de regulação por meio de entidades públicas independentes foi recepcionado no ordenamento jurídico dos países europeus, sob o influxo dos projetos de governança comunitária, de desregulação, de desestatização e de reforma administrativa, com o objetivo de liberalizar os mercados, abrindo-os à livre iniciativa e à concorrência, servindo a agência como garantia da segurança, estabilidade e equilíbrio nas relações econômicas e sociais.⁵

No Brasil, a regulação por meio de entidades públicas independentes institucionalizou-se na década de 1990, a partir do lançamento, pelo governo federal do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, que definiu os objetivos e estabeleceu as diretrizes da reforma administrativa do Estado, visando à reconstrução da regulação pública em bases modernas e racionais. No âmbito econômico, a regulação por meio de entidades públicas independentes teria por finalidade principal estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado, sem a figura da concorrência desleal; enquanto que no

³ A primeira agência reguladora norte-americana foi a Interstate Commerce Commission (ICC) criada com o propósito de regular as atividades relacionadas ao setor de transporte ferroviário e acabar com os trust comerciais no setor. Cf. GOMES, J. B. *Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia*, p. 46.

⁴ A título de ilustração, no período de 1930 a 1940 foram criadas dezessete agências reguladoras independentes nos Estados Unidos da América. SUNSTEIN, C. R. *O Constitucionalismo após o The New Deal*. In MATTOS, P. e outros (coord.). *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*. p. 204, nota 9.

⁵ A primeira autoridade administrativa independente francesa foi a Commission nationale de l'informatique et des libertés, criada com a competência de assegurar a proteção dos dados de caráter pessoal e da vida privada, sendo seguida por inúmeras outras desde então. LALLIOT, P. *La modernisation de l'administration*. In PETIT, J. *Droit Administratif et Administration*. Notice 29, p. 145-149.

âmbito social o que se pretendia era atender ao interesse coletivo, especialmente no tocante aos direitos dos usuários dos serviços públicos.

A partir de então, para cada setor econômico e social sensível, que demandasse uma intervenção estatal mais técnica, foram criadas agências reguladoras, sob a forma de entidades autárquicas, e com considerável autonomia frente à administração pública direta. A instituição de um regime jurídico especial, caracterizado por uma maior autonomia, visa a preservar as agências de valorações políticas indevidas, demarcando um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos. De um modo geral, o marco legal das diversas agências reguladoras criadas no Brasil tem garantido essa autonomia por meio de outorgas de prerrogativas político-administrativa e econômico-financeira. A primeira protege os dirigentes contra a destituição da função, tendo em vista a investidura em mandato por prazo fixo. Com isso, procura-se criar um estatuto jurídico próprio para os dirigentes destas autarquias especiais, diverso do aplicável aos demais agentes públicos. Quanto à autonomia econômico-financeira, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como taxas de fiscalização e regulação ou participações em contratos e convênios.

No entanto, a par de sua importância para o estabelecimento de um mercado justo e equilibrado, disciplinado com um maior grau de racionalidade e eficiência na alocação de bens e serviços, o surgimento de centros de poder como o das agências reguladoras resultou nos seguintes problemas: a) como conciliar os princípios proibitivos de acumulação de poderes com a existência no âmbito do Poder Executivo de entidades com autonomia administrativa e financeira? b) como legitimar a existência, em uma única entidade administrativa, o exercício simultâneo das funções de regular, administrar e julgar? c) quais fatores reais de poder estão por trás das agências, impulsionando-lhes as decisões? d) em que medida fica assegurada, no seu processo decisório e regulatório, a participação popular e a transparência das informações? e) que mecanismos de controle seriam aptos a impedir-lhes o arbítrio e o desvio de poder? f) como se desenvolve o processo decisório sobre a definição do conteúdo da regulação? g) quais os

instrumentos de avaliação dos efeitos desses processos decisórios sobre os setores regulados e os interesses dos atores sociais?⁶

Importante destacar, que o problema se agrava nos países de tradição romano-germânica, uma vez que, neste sistema jurídico, o direito administrativo goza de uma ampla autonomia científica e dogmática. Isso significa dizer que a relação de administração⁷ atribuí ao chefe do poder executivo e aos ministros de Estado uma estreita supervisão sobre as entidades da administração pública indireta. Não é demais recordar, que na tradição da common law, originário das agências reguladoras norte-americanas, os problemas de organização administrativa são tradicionalmente tidos como estranhos ao direito, ficando sob o impacto de disciplina própria, metajurídica, a ciência da administração pública, ramo da ciência política.⁸

Na tentativa de superar esses entraves institucionais e democráticos, a ação regulatória das agências passou a ser analisada pela doutrina nacional sob três perspectivas distintas: jurídica, econômica e política.

Na teoria do direito, procurou-se adequar a função regulatória aos princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes. Com efeito, para o exercício da ação regulatória, as agências gozam de um amplo poder normativo, que envolve, por um lado, a regulamentação das leis que regem o campo de atividades a elas atribuído e, por outro, a edição de normas específicas, sobre matérias não disciplinadas pela lei. Isto implica indagar se a lei delegou-lhes função legislativa, assim como o que e até onde podem regular algo, sem estar, com isto, violando o princípio da separação dos poderes e invadindo competência legislativa.⁹

Na teoria econômica, a ação regulatória passou a ser analisada como uma técnica administrativa de correção de falhas de mercado¹⁰ e técnica administrativa

⁶ Alguns desses questionamentos foram formulado por Joaquim Barbosa Gomes no artigo *Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13, n. 50, jan./mar., 2005.

⁷ Relação de administração é aquela relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, opondo os atos de administração aos atos privados. LIMA, R. C.. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 105.

⁸ RIVERO, J. *Curso de Direito Administrativo Comparado*, p. 65.

⁹ Consulte-se, por todos, ARAGÃO, A. S. (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Do mesmo autor, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁰ As falhas de mercado, justificadoras da regulação pública da economia, podem se manifestar de três formas: externalidades, informação imperfeita e poder de mercado. Segundo Ruy Santacruz,

de estabilização e desenvolvimento econômico, incluindo no segundo conjunto a correção de problemas distributivos e o planejamento econômico. Nesse sentido, a ação regulatória teria como objeto as questões relacionadas ao quantum de produção econômica, as zonas ou mercados em que atua cada empresa, os preços ou retribuições que percebem em decorrência da atividade e o próprio negócio em que consiste a atividade. Nesse ponto, a regulação econômica diferencia-se da regulação social. Nesta, a regulação é entendida como técnica administrativa de promoção de valores sociais e culturais não relacionados diretamente ao funcionamento do sistema econômico, mas com efeitos também sobre a organização de mercados.

Sob uma perspectiva política, a ação regulatória passou a ser analisada sob duas vertentes. A primeira, relacionada à economia política, no plano de debate sobre a teoria de incentivos e ação de grupos de interesse (agente x principal). A segunda, relacionada à teoria política, no plano do debate liberalismo x democracia.

A análise efetuada a partir da teoria de incentivos e de grupos de interesses tem como pressuposto o fato de que os agentes regulados buscarão sempre maximizar o seu bem-estar individual, não sendo possível a maximização do bem-estar social ou do interesse público fora do Estado. Quando os indivíduos têm acesso a diferentes informações, estabelecem-se entre as classes de atores relações do tipo agente x principal, regidas por contratos explícitos ou implícitos. Os agentes dispõem de certas informações que os principais não observam diretamente: os agentes sabem o que os motiva, têm conhecimento privilegiado sobre sua capacidade, e podem ter a oportunidade de observar informações e situações que os principais não podem. Nesse sentido, a economia caracteriza-se por ser uma rede de relações diferenciadas e multifacetadas entre classes de agentes e principais: gerentes e empregados, proprietários e administradores, investidores e empresários, mas também cidadãos e políticos, políticos e

as externalidades ocorrem quando a eficiência ou o bem-estar econômico de um agente econômico é afetado pela ação de outro agente. Por outro lado, a inexistência de informações corretas e suficientes para orientar a decisão do agente econômico limita sua capacidade de agir eficientemente, sendo fonte de mau funcionamento dos mercados e perda de bem-estar, gerando assimetria de informações. Finalmente, a regulação se justifica diante da existência de poder de mercado que são, de um lado, o mercado perfeitamente competitivo e de outro, o monopólio natural. Cf. SANTACRUZ, R. *Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados*, p. 85 et. seq.

burocratas. O desempenho de empresas, de governos, e da economia como um todo depende do desenho das instituições que regulam essas relações.¹¹

É a partir dessa perspectiva de análise, que surge a teoria da captura no plano da ação regulatória. Tal modelo foi estudado e desenvolvido pelos teóricos da Escola de Chicago (George J. Stigler,¹² Richard A. Posner¹³ e S. Peltzman¹⁴), e os debates se dão em torno do desenho institucional de órgãos reguladores e procedimentos decisórios. Essa teoria argumenta que falhas de governo coexistiam com falhas de mercado – sobrepujando-as, por vezes. Isso invalidaria e tornaria inócuo o esforço do Estado dirigido à correção das primeiras. O resultado, segundo a Escola de Chicago, seria uma ação regulatória que protegeria os interesses dos agentes regulados e que não promoveria o bem-estar social. Nestes termos, a ação regulatória seria um foco de falhas de governo que precisam ser corrigidas.

No plano da teoria política, a análise da ação regulatória parte da constatação da desigualdade de condições de acesso dos cidadãos aos canais de circulação do poder político nas democracias representativas de massa, como, por exemplo, na nomeação dos dirigentes das agências para um mandato a termo que ultrapassa os limites do mandato do agente político eleito - accountability vertical, e das deficiências do controle político das agências pelo sistema de freios e contrapesos, como, por exemplo, o controle político do Poder Executivo e do Poder Legislativo - accountability horizontal.¹⁵

¹¹ Consulte-se, por todos, PRZEWORSKY, A. *Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal*. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter (orgs.) *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, p. 39-73.

¹² *A teoria da regulação econômica*. In MATTOS, Paulo (coord). *Regulação Econômica e Democracia*. O Debate Norte-Americano, p. 23-48.

¹³ *Teorias da Regulação Econômica*. In MATTOS, Paulo (coord). *Regulação Econômica e Democracia*. O Debate Norte-Americano, p. 49-80. Consulte, ainda, do mesmo autor: *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

¹⁴ *A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação*. In MATTOS, Paulo (coord). *Regulação Econômica e Democracia*. O Debate Norte-Americano, p. 81-127.

¹⁵ A expressão accountability é de origem anglo-saxã e significa a responsabilização que se desenvolve de uma estrutura a outra do Estado. A expressão responsividade será utilizada nesse trabalho como sinônimo de accountability e complemento da responsabilidade. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tomada em seu sentido mais amplo, a responsividade, tal como surgiu nos estudos sobre a participação política, é princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a salvaguardar a legitimidade, ou seja, a conciliar a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade pública. Por isso, apresentada como complemento atualizador da responsabilidade, a responsividade é a reação governamental, que deve ser a normalmente esperada e exigida, ante a enunciação da vontade dos governados. *Mutações do Direito Público*, p. 280-281. A classificação entre accountability vertical e horizontal foi proposta por Guillermo O'Donnell. Segundo esse autor, a responsabilização democrática

Na teoria política questiona-se em que medida a ação regulatória estará ou não sendo legitimada em nome do interesse público ou do interesse político, considerando que existem déficits de representação de interesses. Dessa forma, coloca-se em evidência fatores ligados ao modo pelo qual se desenvolve o processo decisório sobre a definição do conteúdo da ação regulatória e a avaliação dos efeitos desses processos decisórios sobre os interesses dos agentes regulados e da sociedade.¹⁶

Assim sendo, em face das incertezas jurídicas, políticas e sociais que o modelo de regulação por agências independentes ainda suscita no Brasil, especialmente pelo esvaziamento de suas competências a partir do governo Lula (2003 - 2010), revela-se imperioso o estabelecimento de uma nova perspectiva analítica informada por um referencial teórico, de natureza política, capaz de fornecer uma base sólida de compatibilização da estrutura regulatória com os mecanismos de legitimação democrática e accountability, imprescindíveis à existência de um Estado Democrático de Direito. Tal modelo deve ainda ser capaz de avaliar o desenho institucional das agências reguladoras e sua relação com os demais poderes do Estado, adequando-o, quando necessário, ao sistema jurídico da civil law e do direito administrativo, a fim de evitar os crescentes níveis de captura e colapso regulatório setorial.

Tendo como referencial teórico o neorrepublicanismo defendido por Philip Pettit, considerado um dos responsáveis pelo resgate da tradição republicana, a hipótese central da tese é verificar se a intervenção regulatória por meio das agências independentes atende às condições de não-manipulabilidade e contestabilidade do poder. Ao formular essa hipótese, a tese pretende encontrar uma saída teórica não encontrada na literatura jurídica nacional, capaz de legitimar democraticamente as agências reguladoras brasileiras.

procura aliar dois mecanismos: de um lado, os relacionados à accountability vertical, na qual os cidadãos controlam de forma ascendente os governantes, por meio do voto para escolher seus representantes, em plebiscitos sobre matérias substantivas ou ainda pelo controle social exercido, por exemplo, em conselhos de usuários de serviços públicos; de outro, os vinculados à accountability horizontal, que se efetivam mediante a fiscalização mútua entre os poderes (checks and balances) ou por meio de outras entidades governamentais que monitoram e fiscalizam o poder público. Cf. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, p. 40.

¹⁶ Consulte-se, por todos, MATTOS, P. T. L. *O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

Partindo da noção de liberdade como não-dominação, Philip Pettit preocupa-se com as formas pelas quais o Estado deve organizar-se e com o fortalecimento das instituições a serviço da democracia, apresentando a sua teoria com um caráter intrinsecamente institucional. Ademais, o autor incita à participação política, insuflando os cidadãos a contribuir para a vida coletiva, na medida em que encerra uma condição necessária ao exercício da liberdade, bem como procura estimular as forças políticas para exigir, cobrar e demandar um grau de transparência na ação dos governantes.

Importante ressaltar, desde já, que o conceito de república não é unívoco e tem sido empregado no pensamento e na análise política para se referir a diferentes questões. Em linhas gerais, duas acepções são empregadas: de um lado, a uma forma de governo instituída pela vontade da comunidade política – o que, no caso das experiências contemporâneas, se contrapõe aos governos monárquicos e se aproxima dos regimes democráticos – e, de outro, a uma forma de vida política fundada na primazia do interesse comum – que requer o engajamento da comunidade na condução da coisa pública e se faz expressar de maneira especial nos princípios, nas práticas e nos procedimentos que conformam as instituições.¹⁷

A república ressurgiu nas últimas décadas como referência importante nas reflexões sobre a política, resgatando noções como virtude cívica, bem comum, espaço público, bom governo, comunidade política, “interesse bem compreendido”, entre outras pertencentes à gramática da *res publica*. Daí se falar de um “neorrepblicanismo” para denotar um despertar da tradição republicana com vistas a tematizar as relações sociais nos diferentes contextos de interação política e densificar os interesses públicos, quanto para abordar a questão do desempenho e do aprimoramento do Estado e das instituições democráticas contemporâneas.¹⁸⁻¹⁹

¹⁷ Fala-se das instituições políticas de um país para referir aos princípios característicos que encontram expressão orgânica ou legislativa de tendência estável e impessoal no regime ou no sistema governativo do país. CAETANO, M. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 376.

¹⁸ Outros autores importantes da tradição neorrepblicana podem ser citados: POCOCK, J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton: Princeton University Press, 1975; SKINNER, Q. *Liberty before liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; VIROLI, M. *Republicanism*. New York: Hill and Wang, 2002; SELLER, M. N. S. *American republicanism: roman ideology in the United States Constitution*. New York: New York University Press, 1994; No Brasil, consulte-se, por todos, BIGNOTTO, N. (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000 e *Origens do republicanismo moderno*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001; CARDOSO, S. (Org.). *Retorno ao republicanismo*.

No campo específico do direito positivo, justifica-se a pesquisa em razão da tramitação do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre normas gerais de gestão, organização e mecanismos de controle social das agências reguladoras. Originalmente enviado ao Congresso Nacional em regime de urgência, logo perdeu importância no primeiro mandato do Governo Lula. Em seguida, teve sua urgência recuperada por ter sido incluído como um dos objetivos do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC).²⁰ Mais recentemente, o governo federal anunciou a intenção de criar uma instituição para supervisionar atividades regulatórias dos diversos órgãos e agências ligadas ao poder executivo, acatando recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos - OCDE. O Organismo de Supervisão Regulatória - OSR, como pode vir a ser chamado, seria um instrumento de suporte analítico para avaliar a regulação como um todo, identificando e analisando sobreposições e impactos em demais mercados.²¹

Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004; OLIVEIRA, M. A. C. de. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁹ Importante ressaltar que existem diferentes tendências na história do republicanismo. Há uma corrente conservadora e aristocrática (Aristóteles, Guicciardini, os Ottimati da Florença renascentista e, nos Estados Unidos, John Adams) que procura criar uma estrutura constitucional que contenha, de forma considerável, os impulsos da participação popular. Para essa corrente doutrinária, o povo não foi feito para governar, mas para eleger os governantes competentes, que governarão no interesse de todos, em função do bem-comum. O republicanismo compreende, também, uma corrente democrática (Maquiavel, os Whigs radicais do século XVIII e Thomas Jefferson). Aqui, não se trata mais de equilibrar os interesses representados pelas diferentes classes e de defender o governo misto, porém, muito mais, de retomar a ideia de divisão de poderes, tão cara a Montesquieu. Ou, mais precisamente, de assegurar, a todos, os poderes de contestação e participação. Há também uma distinção entre o “republicanismo clássico” e o “humanismo cívico”. Este último tende a considerar que o engajamento político corresponde a uma concepção do bem ou encerra, em si mesmo, um valor moral. Sob esse ponto de vista, o humanismo cívico aproxima-se do comunitarismo. Por outro lado, a posição republicana clássica situa-se na tênue fronteira que separa, por um lado, o humanismo cívico, e por outro, a ideia de que a participação política é um objetivo importante, porém nada mais representa que uma concepção da vida realmente boa, dentre outras (Rawls). BERTEN, A. *Republicanism e Motivação Política*. In MERLE, J. e MOREIRA, L. (org.) *Direito e Legitimidade*. p. 21-22 e 27. Sobre o legado do republicanismo aristocrático, consulte-se CONILL, J. La Tradición del Republicanismo Aristocrático. In CONILL, J. e CROCKER, D. A. (editores). *Republicanism y Educación Cívica*, p. 57-72.

²⁰ De acordo com dados da Câmara dos Deputados, de abril de 2004 a agosto de 2008 foram apresentadas 165 emendas ao citado projeto. Atualmente, o projeto está pronto para votação. O substitutivo do relator Leonardo Picciani (PMDB-RJ) parece ter avançado para um acordo entre as forças políticas do Congresso. A principal divergência - o contrato de gestão - foi superada pela criação de instrumentos a serem aprovados pelas próprias agências (planos estratégicos de trabalho e de gestão e desempenho) e fiscalizados pelo Congresso. Íntegra do projeto pode ser obtida em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/210114.pdf>

²¹ Governo pode criar superagência para fiscalizar agências. Valor Econômico, 4.11.2009.

A metodologia empregada na pesquisa é de natureza transdisciplinar²² e comparativa.²³ O caráter transdisciplinar decorre do diálogo constante com as categorias do direito econômico, do direito regulatório, da ciência política e da teoria democrática, como forma de analisar a formação do Estado regulador e da teoria neorepublicana. O caráter comparativo decorre da investigação do modelo de regulação por agências independentes nos Estados Unidos e na França, tendo como variável²⁴ o sistema de governo. Pretende-se com isso encontrar as características e os elementos institucionais que foram recepcionados e aqueles que foram rejeitados pelo sistema normativo pátrio.²⁵

²² Como bem observado por Newton Bignotto, o aspecto metodológico no tratamento do resgate da tradição republicana deve ser, em essencial, transdisciplinar, em oposição a um método interdisciplinar ou mesmo multidisciplinar. Ou seja, a interdisciplinariedade significa a adoção de uma metodologia comum das disciplinas. A multidisciplinariedade significa aproximação das disciplinas que dividem o problema, mas não a metodologia. O estudo do tema da tradição republicana implica em demonstrar tanto a pertinência do procedimento no campo teórico, no momento atual, quanto sua relevância para uma pesquisa que tem a realidade brasileira como referência. Assim sendo, o retorno a uma dada tradição do pensamento político é uma forma eficiente de abordar temas contemporâneos de filosofia e teoria política, de uma perspectiva transdisciplinar. Em outras palavras, a coerência desse procedimento resulta no abandono dos caminhos estreitos das disciplinas, para buscar no campo alargado da transdisciplinariedade o lugar de construção de um saber adaptado aos nossos problemas e a complexidade de nosso objeto. Com isso, podemos nos beneficiar do retorno ao republicanismo para enfrentar os desafios postos por nossa realidade. Cf. *Aspectos metodológicos do tratamento da questão republicana*. In DOMINGUES, I. (org.). *Conhecimento e Transdisciplinariedade II. Aspectos Metodológicos*, p. 345-359.

²³ Jorge Miranda assevera que o esforço comparativo, no espaço e/ou no tempo, tanto pode consistir numa microcomparação como numa macrocomparação. Para o constitucionalista português, a microcomparação tem por objeto o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas. Pelo contrário, a macrocomparação tem por objeto o estudo de uma grande estrutura e, designadamente, as estruturas determinantes e as ordens jurídicas enquanto tais. Com a primeira, trata-se de elucidar uma instituição ou uma regra jurídica, com a segunda de elucidar as grandes estruturas fundamentais, bem como o perfil característico das ordens jurídicas a fim de salientar as famílias e os grandes sistemas jurídicos. Cf. *Sobre o direito constitucional comparado*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, p. 247-248.

²⁴ Para Ana Lucia de Lyra Tavares a identificação precisa das variáveis que nortearão o trabalho de comparação constitui pressuposto científico-metodológico sem o qual o trabalho redundaria em mera descrição do direito estrangeiro no pertinente ao tema escolhido. Cf. *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, p. 94 e 89-104.

²⁵ A expressão recepção de direitos indica a adoção, por um sistema jurídico, em sentido amplo ou restrito, de institutos, regras e princípios oriundos de outro(s) sistemas(s). Neste conceito de recepção - que não se confunde com o conceito de circulação de modelos - está implícito um movimento de direção única de influências jurídicas, do sistema exportador para o receptor. (...) Fase fundamental da análise dos fenômenos de recepção de direitos é a identificação de seus efeitos, seja no quadro global do sistema jurídico receptor (em que as inovações produzem modificações na própria cultura de todo um povo), seja em âmbito de determinados pontos desse mesmo sistema, processando-se uma adaptação ou aclimação, por força do encontro dos elementos novos com os autóctones. Podem ocorrer, como se verifica nos transplantes da medicina, rejeições dos institutos enxertados, recusando-se o organismo jurídico a absorvê-los por conter elementos que lhes são incompatíveis. *Ibid.*, p. 94 et. ali.

A exposição do tema é pautada pelo raciocínio dedutivo, partindo de aspectos mais gerais para os mais específicos. O objeto do estudo é o desenho institucional das agências reguladoras federais criadas para regulação setorial dos serviços de infraestrutura, particularmente, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel,²⁶ pelo fato de ter sido uma das primeiras agências reguladoras criadas no Brasil.

Como fonte da tese serão utilizados livros e artigos que tratam do objeto da tese, que se encontram sobre base física e eletrônica, nacional e estrangeira, não descuidando de eventuais fontes jurisprudenciais. Além disso, são incorporadas às fontes da pesquisa a literatura indicada e estudada na linha de pesquisa “Direito, Estado e Dimensão Internacional” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio.²⁷

O segundo capítulo trata da formação do Estado capitalista regulador, a partir de uma perspectiva histórica, política e econômica, com o fim de interpretar a realidade que serve de antecedente ao seu surgimento. Assim sendo, são analisadas as transformações da atuação do Estado na ordem econômica, a crise do Estado social e o advento do modelo de intervenção regulatória por meio de entidades independentes, bem como as reformas que se fizeram necessárias na estrutura administrativa.

O terceiro capítulo trata das agências reguladoras independentes. Primeiramente, são delimitados o conceito e a característica da ação regulatória, de modo a diferenciá-la de outras formas de ação normativa do Estado e demarcar as suas especificidades. O momento de institucionalização das agências reguladoras independentes nos Estados Unidos da América, na França e no Brasil é objeto de detida análise, a fim de identificar características do desenho institucional americano que foram recepcionados ou rejeitados pelo sistema jurídico francês e pelo brasileiro. Por último, são analisados os principais problemas estruturais da regulação pública por agências independentes, bem como os mecanismos de responsividade e participação social que foram institucionalizados nos ordenamentos jurídicos dos respectivos países.

²⁶ Instituída pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

²⁷ Como fonte primária da tese serão utilizadas as duas edições da obra mais conhecida de Philip Pettit. O original em inglês *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford University Press, 1997, e a edição em espanhol *Republicanism. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno*. Tradução de Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, 1999.

O quarto capítulo analisa as principais categorias do neorrepublicanismo de Philip Pettit, com especial ênfase nas condições de não-manipulabilidade do sistema normativo e na contestabilidade da tomada pública de decisão. Em seguida, como forma de aproximar a teoria neorrepublicana de Pettit com outras correntes teóricas que analisam a política e a democracia, bem como associar as noções de liberdade, ação dos cidadãos, discurso e esfera pública, é realizado um diálogo com as teorias pluralistas de Robert Dahl e Hannah Arendt. A partir dessa análise é possível estabelecer a posição do neorrepublicanismo e identificar os requisitos necessários para caracterização de um determinado Estado como republicano e democrático.

O quinto capítulo confronta o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras com as condições neorrepublicanas de não-manipulabilidade do poder e contestabilidade da tomada pública de decisão. Em seguida é feita uma análise da reestruturação do setor elétrico brasileiro a partir dos anos 1990 e do desenho institucional da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, a fim de se verificar se a estrutura regulatória da agência atende aos requisitos de legitimação democrática consubstanciada pelo neorrepublicanismo.