

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA - UNIPG

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

DISSERTAÇÃO EM REGIME DE DUPLA TITULAÇÃO

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO BRASILEIRO

FÁBIO AUGUSTO ALHO DA COSTA

Itajaí-SC,

2023

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA - UNIPG

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS PRINCÍPIOS E
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

DISSERTAÇÃO EM REGIME DE DUPLA-TITULAÇÃO

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO BRASILEIRO

FÁBIO AUGUSTO ALHO DA COSTA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica. Em dupla titulação
com a *Università degli Studi di Perugia - UNIPG*.

Orientador(a): Professor Doutor Bruno Makowiecky Salles

Itajaí-SC,

2023

AGRADECIMENTOS

Aos professores do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, e da Università degli Studi di Perugia – UNIPG, na Itália, pela rica contribuição em conhecimento, em especial a meu orientador, Professor Doutor Bruno Makowiecky Salles.

À Professora Doutora Solange Almeida Holanda Silvio, pró-reitora do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA e coordenadora de Graduação em Direito e Pós-Graduação *Lato* e *Stricto Sensu* na instituição, e à Professora Doutora Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, coordenadora do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, ambas por todo o apoio durante a realização do Curso.

Ainda, à colega Mestre Débora Carvalho, pela assessoria durante o andamento do curso e a escrita deste trabalho.

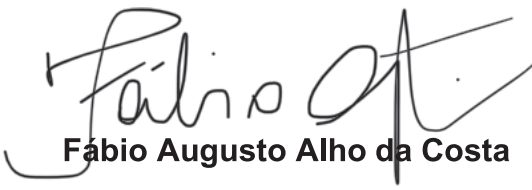
DEDICATÓRIA

À minha família, especialmente meus pais, Amâncio Costa e Glenilda Costa.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, fevereiro de 2023



Fábio Augusto Alho da Costa
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 28/03/2023, às doze horas (Horário de Brasília), dezessete horas (Horário em Perugia), o mestrando Fábio Augusto Alho da Costa fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO BRASILEIRO”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Bruno Makowiecky Salles (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Francesco Paolo Micozzi (UNIPG), como coorientador, Doutora Maria Claudia da Silva Antunes de Souza (UNIVALI), como membro e Doutora Jaqueline Moretti Quintero (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 28 de março de 2023.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABAR	Associação Brasileira de Agências de Regulação
ADASA	Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal
AGEMAN	Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ARES-PCJ	Agência Reguladora PCJ
CF	Constituição Federal
DF	Distrito Federal

ROL DE CATEGORIAS

Constitucionalismo: Movimento responsável pela ideia de supremacia da Constituição. “É uma técnica de liberdade contra o poder arbitrário”¹. “Dele constam os dois limites ao poder do Estado concebidos para prevenir o absolutismo: *um externo* (“externo” porque relativo à afirmação de Direitos que são anteriores e superiores ao Estado, poderes de agir perante o Estado e a sociedade, inerentes à condição humana, independem do Estado que deve reconhecê-los, protegê-los e promovê-los) e *um interno* (“interno” porque relativo a uma dada forma de organizar o Estado que busca conter o poder estatal “por dentro”, ou seja, por meio do próprio arranjo institucional)².

Constituição: “Complexo de leis, instituições e costumes derivados de certos princípios de razão, dirigidos a certos fins de bem público, que compõem o sistema geral de acordo com o qual a comunidade concordou em ser governada”³.

Direitos Fundamentais: “Posições jurídicas ou feixes de posições jurídicas ativas atribuídas, por normas-regras ou normas-princípio constitucionais, preponderantemente às pessoas humanas, mas em menor grau também a grupos, pessoas jurídicas ou indeterminabilidades difusas, integrando um aspecto central do ordenamento e dispondo de especial proteção perante os Poderes constituídos e as reformas legislativas implementadas por maiorias momentâneas. Trata-se de direitos extraídos dos textos das Constituições e aptos a desenvolvimentos judiciais, revestindo-se de fundamentalidade formal e, com frequência, também material, na medida em que pressupõem uma previsão constitucional expressa ou implícita e costumam refletir conteúdos ligados a bens jurídicos essenciais e à dignidade

¹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 24.

² AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e Conceito de Constituição. **Direito Público**, 2021, v. 18, n. 98., p. 693.

³ Lord Bolingbroke, 1733, p. 34. *In*: McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianápolis: Liberty Fund, 2008. [Tradução Livre]

humana”⁴.

Estado Democrático de Direito: “modelo de organização atualmente predominante na cultura Ocidental, estabeleceu-se após a consolidação de um ciclo iniciado com a aparição do Estado Moderno, que atravessou, primeiramente, o Estado de Direito nos perfis liberal e de bem-estar, para atingir o atual estágio democrático de submissão dos Poderes à Constituição”⁵.

Regulação: “Processo pelo qual a autoridade governamental designada fornece supervisão e estabelece regras para empresas em uma indústria. O regulamento coloca limites no comportamento, estabelece bons (ou maus) incentivos, e trata assuntos que são politicamente controversos. As decisões são executadas através de uma regra ou uma ordem emitida por uma autoridade executiva ou uma agência reguladora do governo que tem força de lei”⁶.

Tutela Administrativa: Instituto encarregado de vigiar as atividades das pessoas jurídicas descentralizadas (como as autarquias especiais, por exemplo). Trata-se de um instituto de vigilância ininterrupta, realizada pelo poder central, para garantir a execução dos interesses do órgão tutelado. Trata-se de uma emancipação que não implica em abandono⁷.

⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental:** acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 161.

⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental:** acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 89.

⁶ ABAR. **Glossário de termos utilizados na regulação dos serviços públicos e de infraestrutura.** PURC / ABAR: 2008, p. 106.

⁷ CRETELLA Júnior. **Definição da tutela administrativa.** Revista Direito Administrativo, p. 28-40. Rio de Janeiro, 1969. p. 29.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 ESTADO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUCIONALISMO	18
1.1. DA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO	18
1.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO	23
1.3. CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO	28
1.4. ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	39
CAPÍTULO 2 CONSTITUIÇÃO E REGULAÇÃO NO BRASIL	46
2.1. BREVE HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	46
2.2. PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	53
2.3. BREVE HISTÓRICO DA REGULAÇÃO NO BRASIL	60
2.4. ESTRUTURA DA REGULAÇÃO NO BRASIL	70
2.4.1 Agências Federais	71
2.4.2 Agências estaduais: a ADASA - DF	73
2.4.3 Agências municipais e intermunicipais: a AGEMAN e a ARES-PCJ	75
CAPÍTULO 3 MECANISMOS INDEPENDÊNCIA DA REGULAÇÃO	76
3.1 ESSÊNCIA DA REGULAÇÃO E SUA ATIVIDADE	77
3.2. PODER LEGISLATIVO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	87
3.2.1. O controle parlamentar como meio de fiscalização	88
3.2.2. O papel do Tribunal de Contas no controle	90
3.3. PODER JUDICIÁRIO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	92
3.4. CONTROLE DO PODER EXECUTIVO	97
CAPÍTULO 4 PRODUTOS DA REGULAÇÃO NA SOCIEDADE	108
4.1. A REGULAÇÃO DO MERCADO E O BEM-ESTAR SOCIAL	108
4.2. A PROMOÇÃO DO ACESSO A SERVIÇOS BÁSICOS	116
4.3. A LIMITAÇÃO DO PODER DOS GOVERNANTES	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIAS	134

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito” e no projeto de pesquisa “Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais”, na Área de Concentração “Fundamentos do Direito Positivo”, do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em regime de dupla titulação com *Master di I Livello em Data Protection, Cybersecurity and Digital Forensics* – Universidade de Perugia (UNIPG) – Itália, e Mestrado Interinstitucional com a Centro Universitário do Amazonas (CIESA). Como objetivo geral, busca analisar o papel das Agências Reguladoras no Estado Constitucional de Direito brasileiro. A problemática que motivou a pesquisa foi: como as Agências Reguladoras atuam na manutenção de aspectos constitucionais no Brasil? O Capítulo 1 discutiu a configuração do Estado Contemporâneo, desde aspectos da sua formação até as grandes inovações trazidas com o Constitucionalismo. Também foram apresentados os principais aspectos do Constitucionalismo na experiência internacional, as principais funções de uma Constituição, e a configuração de um Estado Constitucional de Direito. O Capítulo 2 trouxe a história do Constitucionalismo no Brasil e a evolução dos aspectos constitucionais no país, bem com os principais aspectos da Constituição Brasileira de 1988, além da história da Regulação brasileira e a sua estrutura atual, trazendo casos de agências e suas principais funções em seus respectivos territórios. O Capítulo 3 abordou a essência da Regulação, bem como a atividade para a qual foi desenhada, além da relação das Agências Reguladoras com os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, respectivamente. De forma que o Poder Executivo é o que mais pode interferir nas decisões das Agências Reguladoras, o Capítulo finda trazendo alguns mecanismos de que as Agências dispõem (ou devem dispor) para se tornarem o mais independentes possível, nos termos da lei. O Capítulo 4, por sua vez, resumiu os resultados da pesquisa, trazendo a atuação das Agências Reguladoras em três aspectos constitucionais relevantes: a manutenção da Ordem Econômica para os mercados regulados; a limitação dos Poderes elencados anteriormente e; a promoção do acesso a Direitos Constitucionais Fundamentais pela população, garantindo preço acessível e qualidade mínima que esteja de acordo com o Princípio da Dignidade Humana. O método utilizado em todas as fases da pesquisa foi o Método Dedutivo,

com uso de técnicas da pesquisa bibliográfica, da categoria e do conceito operacional, levando em consideração os parâmetros adotados pelo PPCJ/UNIVALI.

Palavras-chave: Agências Reguladoras; Constitucionalismo; Estado Democrático de Direito; Regulação no Brasil.

RIASSUNTO

La presente Dissertazione è inserita nella Linea di ricerca Costituzionalismo e Produzione del Diritto e nel progetto di ricerca Fondamenti Teorici Contemporanei dei Principi e delle Garanzie Costituzionali, nell'area di concentrazione Fondamenti del Diritto Positivo, del Corso di Master di II livello in Scienze Giuridiche presso il Programma di Post-laurea *Stricto Sensu* in Scienze Giuridiche dell'Università di Vale do Itajaí (UNIVALI), in regime a doppio titolo con il Master di I Livello in Data Protection, Cybersecurity and Digital Forensics – Università degli di Perugia (UNIPG) – Italia e Master Interistituzionale con il Centro Universitario di Amazonas (CIESA). Come obiettivo generale cerca di analizzare il ruolo delle Agenzie regolatorie nello Stato Costituzionale di Diritto brasiliano. Il problema che ha motivato la ricerca è stato: come agiscono le Agenzie regolatorie nel mantenimento degli aspetti costituzionali in Brasile? Il capitolo 1 ha discusso la configurazione dello Stato contemporaneo, dagli aspetti della sua formazione alle grandi innovazioni apportate dal costituzionalismo. Sono stati inoltre presentati i principali aspetti del costituzionalismo nell'esperienza internazionale, le principali funzioni di una Costituzione e la configurazione di uno Stato Costituzionale di Diritto. Il capitolo 2 ha presentato la storia del costituzionalismo in Brasile e l'evoluzione degli aspetti costituzionali nel paese, nonché gli aspetti principali della costituzione brasiliana del 1988, oltre alla storia della regolamentazione brasiliana e della sua struttura attuale, riportando casi di agenzie e le loro principali funzioni nei rispettivi territori. Il capitolo 3 ha affrontato l'essenza della Regolazione e l'attività per cui è stata concepita, oltre al rapporto delle Agenzie regolatorie con i Poteri legislativo, giudiziario ed esecutivo, rispettivamente. Dato che il Potere Esecutivo è quello che può maggiormente interferire nelle decisioni delle Agenzie regolatorie, il Capitolo conclude riportando alcuni meccanismi di cui le Agenzie dispongono (o dovrebbero disporre) per diventare il più indipendenti possibile, ai termini di legge. Il Capitolo 4, a sua volta, ha riassunto i risultati della ricerca, riportando l'operato delle Agenzie regolatorie in tre aspetti costituzionali rilevanti: il mantenimento dell'Ordine Economico per i mercati regolamentati; la limitazione dei Poteri precedentemente elencati; e la promozione dell'accesso ai Diritti Costituzionali Fondamentali per la popolazione, garantendo prezzi accessibili e una qualità minima conforme al Principio della Dignità Umana. Il metodo utilizzato in tutte le fasi della ricerca è stato il metodo deduttivo, utilizzando tecniche di ricerca bibliografica, categoria e concetto operativo,

tenendo conto dei parametri adottati da PPCJ/UNIVALI.

Parole chiave: Agenzie regolatorie. Costituzionalismo. Stato democratico di diritto. Regolazione in Brasile.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como objetivo institucional a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em dupla titulação como com a *Università degli Studi di Perugia - UNIPG*, sendo seu desenvolvimento na Linha de Pesquisa de Constitucionalismo e Produção do Direito. O trabalho insere-se na Linha de Pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito” e no projeto de pesquisa “Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais”, ligados à Área de Concentração “Fundamentos do Direito Positivo”, do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em regime de dupla titulação com o *Master di I Livello in Data Protection, Cybersecurity and Digital Forensics* – Universidade de Perugia (UNIPG) – Itália, e Mestrado Interinstitucional com a CentroUniversitário do Amazonas (CIESA).

Como objetivo científico, busca analisar o papel das Agências Reguladoras no Estado Constitucional de Direito brasileiro. Assim, a problemática da pesquisa consiste em investigar de que maneira as Agências Reguladoras atuam na manutenção de aspectos constitucionais no Brasil, identificando quais os principais papéis que elas desempenham na ordem constitucional.

Em tal quadro, foram elaboradas as seguintes hipóteses:

a) As Agências Reguladoras auxiliam na promoção do acesso da população a Direitos Fundamentais constitucionais;

b) As Agências Reguladoras auxiliam na limitação do poder exercido pelos representantes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em relação aos serviços por elas regulados;

c) As Agências Reguladoras promovem a Ordem Econômica constitucional para os mercados por elas regulados.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Inicialmente, o Capítulo 1 busca discutir a configuração do Estado Contemporâneo, desde aspectos da sua formação até as grandes inovações trazidas com o Constitucionalismo. Traz também os principais aspectos do Constitucionalismo na experiência internacional, as principais funções de uma Constituição, e o como se configura um Estado Constitucional de Direito, no qual o Brasil está enquadrado.

Em seguida, o Capítulo 2 objetiva dois pontos importantes: o primeiro é retratar a história do Constitucionalismo no Brasil e a evolução dos aspectos constitucionais no país, após isso discutindo a Constituição Brasileira de 1988, vigente até então. O segundo ponto é trazer brevemente a história da Regulação no Brasil, desde a formação do Estado regulador até a estrutura atual da Regulação, enfatizando casos de agências federais, estaduais, intermunicipais e municipais, bem como as suas principais funções em seus respectivos territórios.

O Capítulo 3 começa por discutir a essência da Regulação, bem como a atividade para a qual foi desenhada, e segue explorando a relação das Agências Reguladoras de qualquer esfera com os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, respectivamente. Tendo em vista que o Poder Executivo é o que mais pode interferir nas decisões das Agências Reguladoras, o Capítulo finda trazendo alguns mecanismos de que as Agências dispõem (ou devem dispor) para se tornarem o mais independentes possíveis, nos termos da lei.

O Capítulo 4, por sua vez, aborda a atuação das Agências Reguladoras em três aspectos constitucionais relevantes, respectivamente: a manutenção da Ordem Econômica para os mercados regulados; a limitação dos Poderes elencados anteriormente e; a promoção do acesso a Direitos Constitucionais Fundamentais pela população, garantindo preço acessível e qualidade mínima que esteja de acordo com o Princípio da Dignidade Humana.

As Considerações Finais encerram o presente Relatório de Pesquisa, acentuando os aspectos destacados da Dissertação e suas limitações, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o papel da Regulação no Estado Constitucional de Direito.

O Método Dedutivo⁸ foi utilizado nas fases de Investigação. Tratamento de Dados e na composição do Relatório Final. As técnicas de investigação utilizadas levam em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação

Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, sendo utilizadas as da Pesquisa Bibliográfica⁹, da Categoria¹⁰ e do Conceito Operacional¹¹. Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas com a letrainicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial, bem como ao longo do texto.

A dupla titulação com a UNIPG foi de grande importância para a formulação da pesquisa, tendo em vista as importantes literaturas a respeito do tema oriundas da Itália (logo no início, por exemplo, destaca-se a contribuição de Maquiavel para o pensamento de organização da sociedade através do Estado), além de que a *European Water Regulators – WAREG* tem sede no mesmo país, e desempenha papel importante na Regulação do setor de água. Tal instituição firmou Protocolo de Colaboração com a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR que, como será discutido, atua ativamente na melhoria da Regulação no país. Por fim, a UNIPG foi essencial para o melhor entendimento de aspectos importantes da pesquisa, especialmente com a disciplina “Diritti fondamentali e sistemi costituzionali comparati”¹².

⁸ “[...] estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes de um fenômeno de modo a sustentar a formulação geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. Ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008, p. 86.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2008, p. 209.

¹⁰ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2008, p. 25.

¹¹ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2008, p. 37.

¹² Tradução Livre: “Direitos fundamentais e sistemas constitucionais comparados”.

CAPÍTULO 1

ESTADO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUCIONALISMO

1.1. DA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

Antes da concepção que se tem hoje de Estado moderno, os gregos já procuravam um fundamento intrínseco para ele, buscando a sua fundação fora do homem considerado como um fim em si:

(...) ricorda una conversazione fra Aristippo e Socrate in cui Aristippo sosteneva che egli non avrebbe desiderato vivere senza patria, senza leggi, come cittadino dell'universo. Socrate gli dimostra che ciò non è possibile, perché vivere fuori dello Stato è vivere fuori dell'umanità, è spogliarsi della condizione di uomo: sottarsi allo Stato non è libertà, ma servitù e miseria. Ai sofisti, che avevano creato in dualismo tra natura e Stato, Socrate oppone che lo Stato è naturale, e arriva a sostenere che il principio di ordine che esso esprime e che è fondato in natura¹³.

Atribui-se a Maquiavel (1469-1527)¹⁴ e Hobbes (1588-1679)¹⁵ a concepção inicial do Estado como uma proposta de poder centralizado detentor do monopólio de poder e força. Hobbes, diferentemente de Maquiavel, não usou o termo Estado (domínio), mas o termo em inglês “*commonwealth*” ou “*civitas*”, em latim¹⁶. Os autores partiram de contextos diferentes, mas muito semelhantes, de instabilidade política entre seus contemporâneos, que os levou a elaborar suas obras.

Na obra “O Príncipe”, Maquiavel buscou mostrar o que os governantes fazem para manter-se no poder e garantir a unidade e a paz interna. Hobbes, por sua vez,

¹³ SOLARI, Gioele. **La formazione storica e filosofica dello stato moderno**. Guida Editori, 2000, p.

14. Tradução livre: “(...) lembra-se de uma conversa entre Aristipo e Sócrates em que Aristipo argumentava que não teria desejado viver sem pátria, sem leis, como cidadão do universo. Sócrates demonstra a ele que isso não é possível, porque viver fora do Estado é viver fora da humanidade, é despojar-se da condição de homem: submeter-se ao Estado não é liberdade, mas servidão e miséria. Aos sofistas, que haviam criado um dualismo entre a natureza e o estado, Sócrates opõe que o estado é natural, e chega a argumentar que o princípio de ordem que ele expressa e que se funda na natureza”.

¹⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

¹⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. J. Paulo Monteiro & Maria B. N. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2008, cap. XVII.

escreveu a sua obra “Leviatã” quando esteve em exílio e, assim como Maquiavel, tinha interesse na estabilidade política e acreditava que, para isso, era necessário assegurar a paz interna dos Estados. Maquiavel afirmava que os governos são domínios nos quais o poder está concentrado na mão de uma só pessoa (caso das monarquias) ou está compartilhado (repúblicas)¹⁷. Nesse caso, o termo “domínio” é sinônimo de Estado e significa domínio territorial e monopólio de poder, e foi apenas em sua obra que o termo “Estado” teve sua difusão imposta¹⁸.

O Estado moderno tem seu surgimento a partir do declínio das sociedades feudais, em que o policentrismo era uma forma predominante de organização, na qual o rei não tinha papel maior do que o simbólico e os senhores feudais eram soberanos dentro de seu território (feudo)¹⁹. Esses senhores feudais tinham seu próprio exército, domínio sobre sua própria moeda, tributos e pedágios cobrados, além de decidir sobre a justiça e sobre a guerra ou a paz²⁰.

O próximo ponto econômico foi o mercantilismo, que não tinha características que conversavam com esse policentrismo de poder instalado no feudalismo. Mais especificamente, os comerciantes possuíam grandes dificuldades em relação à diversidade (e mudança) de moedas e pedágios nos diferentes feudos. Assim, a nova

¹⁷ DE CASTRO, Susana. A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes. **Sofia**, v. 6, n. 2, p. 13-22, 2017.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Trad. Marco A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

¹⁹ “Il soggetto decisivo di questo sistema di deleghe è il feudalesimo moderno: l'ordinamento feudale (...) se inserisce in uno Stato patrimoniale e prebendale come forma strutturale di una parte dell'amministrazione. Il feudalesimo comporta una divisione dei poteri (...). In questo certo senso è prefigurato qui il principio del contratto come fondamento della divisione della potenza politica che condurrà al costituzionalismo - e ciò non certamente nella forma di un patto tra il signore e i dominati o i loro rappresentanti, in cui la sottomissione di questi ultimi sia vista come fonte del diritto del signore, ma nella forma essenzialmente diversa di un trattato tra il signore e i titolari del potere da lui derivato. Con ciò sono stabilite la specie e la divisione delle attribuzioni di potere; manca però non soltanto la regolamentazione ma anche l'articolazione razionale delle competenze individuali”. MUSI, Aurelio. **Mezzogiorno spagnolo: la via napoletana allo stato moderno**. Guida Editori, 1991. Tradução Livre: “O sujeito decisivo deste sistema de delegações é o feudalismo moderno: a ordem feudal (...) enquadra-se num estado patrimonial e prebendado como forma estrutural de uma parte da administração. O feudalismo envolve uma divisão de poderes (...). Nesse sentido, o princípio do contrato é aqui prefigurado como fundamento da divisão do poder político que levará ao constitucionalismo - e isso certamente não na forma de um pacto entre senhores e dominados ou seus representantes, em que o a submissão deste último é vista como a fonte do direito do senhor, mas na forma essencialmente diferente de um tratado entre o senhor e os detentores do poder dele derivado. Com isso são estabelecidas as espécies e a divisão das atribuições da fazenda; no entanto, falta não só regulação, mas também a articulação racional das competências individuais”.

²⁰ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Maquiavel — a lógica da força**. São Paulo: Editora Moderna, 2005.

classe emergente necessitava de um Estado centralizado que a auxiliasse e a livrasse das barreiras ao livre comércio nas diferentes regiões²¹.

Hobbes buscou trazer uma justificativa racional para que surja o Estado e explicar as razões que norteiam o poder do soberano, o motivo pelo qual suas ordens devem ser atendidas. Em um primeiro momento, o autor considera a existência de um estado de natureza, onde os indivíduos são livres em suas ações, o que implica o caos por conta da busca desenfreada dos indivíduos por seus desejos²², gerando um constante estado de guerra de uns contra os outros. Nesse constante estado de guerra, dominam a insegurança, o medo e a desconfiança, de forma que não há espaço para o desenvolvimento da sociedade (através da indústria, do comércio, do trabalho e do conhecimento, por exemplo)²³.

Baseados na lei da razão, então, os indivíduos optam por sair desse estado de natureza e, visando a sua própria sobrevivência, entendem a importância de limitar os instintos, impulsos e paixões de cada um. Como, individualmente, não têm disciplina para fazê-lo, sendo incapazes de conter seus próprios impulsos, entendem a necessidade de eleger um soberano que tenha a atribuição de punir os desobedientes²⁴. Assim, a “legitimidade do soberano decorre da vontade de cada indivíduo de depositar nele apenas o direito de agir em seu nome para garantir a ordem social, ninguém mais possui essa prerrogativa”²⁵. Isso retira os indivíduos do estado de natureza e os insere na sociedade civil, tornando-os cidadãos:

Hobbes non crede che la capacità di cooperare ci sia fin dall'inizio, o meglio: crede che sia possibile sia del tutto sovrastata da altro, ossia dall'aggressività,

²¹ DE CASTRO, Susana. A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes. **Sofia**, v. 6, n. 2, p. 13-22, 2017.

²² “Secondo Hobbes l'uomo è una macchina desiderante tendenzialmente illimitata, che vorrebbe accaparrare tutto ciò che è oggetto della sua volontà. Se solo potesse farlo, la sua azione (“l'ultimo conato della volontà”, come la chiama) non conoscerebbe altri limiti che quelli dettati dalla propria capacità fisica e dalle azioni degli altri. Gli unici vincoli al soddisfacimento dei tuoi desideri sono questi, per lo meno in natura, poiché in natura, come non esistono il giusto e lo sbagliato, non esistono il bene e il male”. MARRONE, Pierpaolo. Il pinguino di Hobbes: stato di natura e doping morale. 2016, p. 32. Tradução Livre: “Segundo Hobbes, o homem é uma máquina desejante basicamente ilimitada, que gostaria de acumular tudo o que é objeto de sua vontade. Se ao menos pudesse fazê-lo, sua ação (“o último suspiro da vontade”, como ele chama) não conheceria outros limites senão os ditados por sua própria capacidade física e pelas ações dos outros. Os únicos constrangimentos à satisfação dos vossos desejos são estes, pelo menos na natureza, porque na natureza, assim como não há certo e errado, não há bem e mal”.

²³ MARRONE, Pierpaolo. Il pinguino di Hobbes: stato di natura e doping morale. 2016, p. 32.

²⁴ RUSSO, P. La filosofia politica di Hobbes. **Il Pensiero Politico**, v. 43, n. 2, p. 282, 2010.

²⁵ DE CASTRO, Susana. A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes. 2017, p. 18.

dallo jus ad omnia, dall'escalation di violenza che il diritto di tutti a tutto inevitabilmente genererebbe²⁶.

O Estado, enquanto seu representante, é responsável pelo zelo da ordem e pela punição dos infratores das regras civis. Os cidadãos só aceitam se submeter ao controle do Estado, perdendo assim sua liberdade, porque têm nele a garantia de manutenção da ordem social, da paz e da saída do constante estado de insegurança, ou seja, visando seu benefício próprio, já que tudo isso aumenta as suas chances de sobrevivência. Para Hobbes, então, o governante absoluto perde a legitimidade no momento em que traz risco à sobrevivência (segurança física) dos membros dessa sociedade²⁷.

Maquiavel, por sua vez, acredita na existência da razão do Estado, diferente da razão dos indivíduos. De acordo com isso, em momentos de grave ameaça à segurança do Estado, o governante pode agir de forma que viole as normas jurídicas, morais, políticas e econômicas, porque essa razão do Estado é independente da moralidade cristã, de forma que são consideradas morais as ações úteis à comunidade e imorais as que não atingem os fins almejados ou que visam interesses particulares²⁸. “Quando é necessário deliberar sobre uma decisão da qual depende a salvação do Estado, não se deve deixar de agir por considerações de justiça ou injustiça, humanidade ou crueldade, glória ou ignomínia”²⁹. O autor, por isso, acabou por ser mal interpretado na literatura e no senso comum, sendo abordado como apoiador de um modo não moral de agir, baseando-se nos resultados. No entanto, há quem o interprete de uma forma mais branda, trazendo que sua intenção foi retratar de forma realista como a política era feita em sua época, e não de como deveria ser feita:

Porém, sendo a minha intenção escrever coisas que sejam úteis a quem se interesse, pareceu-me mais conveniente ir direto à verdade efetiva (verità effettuale) da coisa que à imaginação em torno dela. E não foram poucos os

²⁶ MARRONE, Pierpaolo. Il pinguino di Hobbes: stato di natura e doping morale. 2016, p. 34. Tradução livre: Hobbes não acredita que a capacidade de cooperar exista desde o início, ou melhor: ele acredita que é possível ser completamente dominado por outra coisa, nomeadamente pela agressão, pelo jus ad omnia, pela escalada de violência a que todos têm direito a tudo geraria inevitavelmente”.

²⁷ DE CASTRO, Susana. **A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes**. 2017.

²⁸ RAIMONDI, Fabio. Necessità nel Principe e nei Discorsi di Machiavelli. **Necessità nel Principe e nei Discorsi di Machiavelli**, p. 1000-1024, 2009.

²⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010, p. 443.

que imaginaram repúblicas e principados que nunca se viram nem se verificaram na realidade. Todavia a distância entre como se vive e como se deveria viver é tão grande que quem deixa o que se faz pelo que se deveria fazer contribui rapidamente para a própria ruína e compromete a sua preservação [...], é preciso que o príncipe aprenda, caso queira manter-se no poder, a não ser bom e a valer-se disso segundo a necessidade³⁰.

Assim, o autor constatou que os critérios seguidos pelos políticos, chamados de “ética política”, eram revistos de acordo com as circunstâncias, sempre tendo em consideração a manutenção do Estado. Assim, tem-se como fundamento moral da política a utilidade da ação para a sociedade, de forma que seriam imorais as ações inúteis para a comunidade e morais as ações úteis. Isso não significa, novamente, que o autor defenda ou critique a moralidade ou a imoralidade, apenas que mostra, com base em suas observações, que a ética política é diferente da ética exigida no dia a dia das pessoas:

Machiavelli is convinced that what are commonly thought of as the central Christian virtues, whatever their intrinsic value, are insuperable obstacles to the building of the kind of society that he wishes to see; a society which, moreover, he assumes that it is natural for all normal men to want - the kind of community that, in his view, satisfies men's permanent desires and interests³¹.

Ao escolher dizer a verdade, um político, diferente de um cidadão comum, pode colocar em risco a vida de toda a comunidade, de forma que o político deve agir entre o que deve ser feito e o que pode ser feito, não havendo um bem ou mal absoluto. O autor concorda que a violência é negativa, mas entende que em alguns momentos deve ser utilizada, se dela depender a salvação do Estado³². A razão do Estado justifica o emprego da violência e da crueldade mas não deve ser usada de qualquer forma, pelo contrário, o príncipe de Maquiavel deve agir, sempre que possível, de acordo com a lei e a moral comum.

³⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010, cap. XV, p. 97-98.

³¹ BERLIN, Isaiah; HARDY, Henry; HAUSHEER, Roger. The originality of Machiavelli. **first published**, p. 33-100, 1972. p. 44. Tradução Livre: “Maquiavel está convencido de que o que é comumente considerado como as virtudes cristãs centrais, qualquer que seja seu valor intrínseco, são obstáculos insuperáveis para a construção do tipo de sociedade que ele deseja ver; uma sociedade que, além disso, ele supõe ser natural que todos os homens normais desejem - o tipo de comunidade que, em sua opinião, satisfaz os desejos e interesses permanentes dos homens”.

³² ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Maquiavel** — a lógica da força. São Paulo: Editora Moderna, 2005.

Mesmo que os dois autores tenham defendido a soberania da política, os monarcas absolutistas europeus se valeram da teoria do “direito divino” para se legitimar no poder. Essa origem divina só foi questionada futuramente, na época das grandes Revoluções, quando os reis foram depostos e teve início uma nova etapa no Estado moderno, e que terminou com a laicidade do Estado após mais um tempo. Outro ponto é que os dois autores recomendaram a concentração do poder nas mãos do soberano, o que se tem conhecimento que pode abrir uma janela perigosa para o totalitarismo, distorções e abusos, e fechar o espaço para discutir as bases da sociedade.

Além do mais, a história mostra que os soberanos jamais utilizaram esta cláusula para deter a concentração de renda. Seguindo ao pé da letra, por hipótese, a regra segundo a qual os primeiros a serem expulsos da cidade deveriam ser os que guardam “aquelas coisas que para eles são supérfluas e para os outros são necessárias”, seguir-se-ia daí que a distribuição de renda deveria ser uma política de Estado, mas não era este o caso³³.

Um século mais tarde, Rousseau³⁴ vem redefinir a origem da sociedade civil a partir do ponto de vista econômico, em que o Estado moderno surge por conta do aparecimento da propriedade privada, da qual é o garantidor. Em sua análise, o Estado surge não para pacificar os resultados do estado da natureza (instabilidade, guerra, insegurança), mas para frear as liberdades naturais dos indivíduos.

1.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO

Para a formação e consolidação do modelo de Estado, é necessário que alguns elementos fundamentais estejam presentes. São chamados de elementos constitutivos do Estado e consistem, segundo a doutrina tradicional, em: soberania, território e povo. A soberania consiste no poder político supremo - que não possui poder superior que a limite na ordem interna - e independente, pois não é obrigada a atender a determinações de outro Estado³⁵. Assim, a soberania se refere ao poder

³³ DE CASTRO, Susana. **A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes**. 2017, p. 21.

³⁴ ROUSSEAU, J.-J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁵ MAIA, Anderson Menezes. **O quarto elemento constitutivo do Estado brasileiro: entre as finalidades da república federativa do Brasil e sua realidade social**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Autónoma de Lisboa, 120 p., 2016.

em relação ao ambiente interno e ao externo. Os conceitos de Estado e soberania são mutuamente constitutivos: “In a word, the origin and history of the concept of sovereignty are closely linked with the nature, the origin and the history of the state”³⁶.

Assim, “Se uma coletividade tem liberdade plena de escolher a sua Constituição e pode orientar-se no sentido que bem lhe parecer, elaborando as leis que julgue convenientes, essa coletividade forma um Estado soberano”³⁷. A soberania pertence ao povo, que é o seu titular:

La nostra Costituzione inizia parlando della sovranità: la sovranità appartiene al popolo. È una precisa scelta di campo, è un modo di esprimersi rispetto a vicende storiche precedenti, quando evidentemente la sovranità non era imputata al popolo ma ad altri soggetti – la «nazione», la «corona», la «stirpe» ecc. Ma dire che la sovranità appartiene al popolo è cosa estremamente pericolosa: tanto è vero che la nostra Costituzione, subito dopo, si premura di dire che, sì, appartiene al popolo, che però la esercita nei limiti e nelle forme previste dalla Costituzione. Perché? Perché la sovranità appartiene al popolo è stato lo slogan della rivoluzione francese nella sua fase più acuta. La sovranità appartiene al popolo vuol dire che il popolo detiene il potere supremo. E il popolo chi è? Attraverso quale bocca si esprime? È come esercita questo potere supremo? Attraverso il concetto della sovranità popolare transita un concetto chiave e tremendo della teoria costituzionale, quello di «potere costituente»³⁸.

No entanto, por questões de praticidade, este poder é concedido ao Estado, para que o exerça, como mostrado no Art. 1º da CF³⁹. Assim, a Constituição é tida como um limitador da soberania popular⁴⁰.

³⁶ Hinsley, Francis H. **Sovereignty**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. p. 02.

³⁷ CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6a. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

³⁸ BIN, Roberto. La sovranità nazionale e la sua erosione. **Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali. Naples: Jovene**, p. 369-381, 2013. p. 372. Tradução Livre: “Nossa Constituição começa falando de soberania: a soberania pertence ao povo. É uma escolha precisa de campo, é uma forma de se expressar a respeito de eventos históricos anteriores, quando evidentemente a soberania não era atribuída ao povo, mas a outros sujeitos - a “nação”, a “coroa”, a “linhagem” etc. Mas dizer que a soberania é do povo é coisa extremamente perigosa: tanto que a nossa Constituição, logo a seguir, se encarrega de dizer que, sim, é do povo, que entretanto a exerce nos limites e nas formas estabelecida pela Constituição. Porque? Porque a soberania é do povo foi a palavra de ordem da Revolução Francesa em sua fase mais aguda. A soberania pertence ao povo significa que o povo detém o poder supremo. E quem são as pessoas? Por qual boca ela se expressa? É como ele exerce esse poder supremo? Pelo conceito de soberania popular passa um conceito chave e formidável da teoria constitucional, o de «poter constituinte»”.

³⁹ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Constituição Federal, 1988.

⁴⁰ “Certezza è parola che mal si coniuga con la sovranità popolare, perché la sovranità popolare minaccia di alimentare la rivoluzione permanente. La nostra Costituzione si preoccupa subito di porre un vincolo alla sovranità popolare, di incanalarne l’esercizio negli strumenti freddi predisposti dalla Costituzione stessa: la Costituzione è la gabbia entro cui è stretta la sovranità popolare. Il *referendum*, per esempio, è uno strumento che viene posto in mano al popolo per rovesciare le decisioni legislative nei suoi rappresentanti: la nostra Costituzione lo pone in un cantuccio, ben contornato e recintato (la legge ordinaria ha ben pensato poi di costruirgli attorno un sarcofago da cui il mostro ha difficoltà ad uscire). Anche l’articolo 49, che parla dei partiti, si riferisce al modo in cui il popolo può

Um ponto que acarreta debate sobre a soberania é o aspecto internacional. A ideia de um Estado ser soberano está relacionada à sua não sujeição à ordenação jurídica de outro Estado. Contudo, as normas jurídicas internacionais devem ser cumpridas e deve ser observada a interferência do direito internacional, com base fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, e levando em consideração as mudanças relacionadas à globalização, a internacionalização e a integração interestatal⁴¹. Por isso, argumenta-se que “States are hypocritical and have always intervened in each other’s affairs. The ideal of sovereign nonintervention has always been just that: an ideal”⁴².

O território é o segundo elemento constitutivo do Estado e se relaciona ao espaço físico onde aquele exerce a sua soberania, o poder político que lhe é conferido⁴³. No caso brasileiro, compreendem o território, além das terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, o espaço aéreo, o mar territorial e os navios e as aeronaves de guerra, onde quer que estejam. Além desses, são considerados também os “navios mercantes em alto mar ou de passagem em mar territorial

esercitare la sua sovranità, concorrendo attraverso i partiti e con metodo democratico alla decisione politica. E poi naturalmente c'è il voto, il meccanismo principale attraverso il quale il popolo investe il potere politico”. BIN, Roberto. La sovranità nazionale e la sua erosione. 2013, p. 373. Tradução Livre: “Certeza é uma palavra que não combina com soberania popular, porque a soberania popular ameaça alimentar a revolução permanente. A nossa Constituição trata imediatamente de impor um constrangimento à soberania popular, de canalizar o seu exercício para os frios instrumentos instituídos pela própria Constituição: a Constituição é a jaula em que se encerra a soberania popular. O referendo, por exemplo, é um instrumento que se coloca nas mãos do povo para derrubar as decisões legislativas em seus representantes: nossa Constituição o coloca em um canto, bem cercado e vedado (a lei ordinária então pensou bem em construir um sarcófago ao redor do qual o monstro tem dificuldade de sair). O artigo 49.º, que fala dos partidos, refere-se também à forma como o povo pode exercer a sua soberania, contribuindo através dos partidos e de forma democrática para as decisões políticas. E, claro, há o voto, o principal mecanismo pelo qual o povo investe o poder político”.

⁴¹ “Krasner argues that although the institution of sovereignty affirms the principle of nonintervention in the affairs of other states, intervention has always been a feature of international affairs. Organized hypocrisy refers to a stable game-theoretic solution to the contradictory practice of asserting the inviolability of territorial boundaries and intervening in the affairs of others. According to Krasner, the informal understanding that states are sovereign, yet subject to constant intervention, is best characterized as organized hypocrisy”. BIERSTEKER, Thomas J. State, sovereignty and territory. **Handbook of international relations**, p. 245-272, 2013. p. 252. Tradução Livre: “Krasner argumenta que, embora a instituição da soberania afirme o princípio da não-intervenção nos assuntos de outros Estados, a intervenção sempre foi uma característica dos assuntos internacionais. A hipocrisia organizada refere-se a uma solução estável da teoria do jogo para a prática contraditória de afirmar a inviolabilidade das fronteiras territoriais e intervir nos assuntos dos outros. De acordo com Krasner, o entendimento informal de que os estados são soberanos, mas sujeitos a constante intervenção, é melhor caracterizado como hipocrisia organizada”.

⁴² BIERSTEKER, Thomas J. State, sovereignty and territory. 2013, p. 252. Tradução Livre: “Os Estados são hipócritas e sempre intervieram nos assuntos uns dos outros. O ideal da não-intervenção soberana sempre foi apenas isso: um ideal”.

⁴³ RUDOLPH, Christopher. Sovereignty and territorial borders in a global age. **International studies review**, v. 7, n. 1, p. 1-20, 2005.

estrangeiro e as aeronaves civis em voo sobre o alto mar ou de passagem sobre espaço aéreo estrangeiro, também são assim considerados”⁴⁴.

O território é, portanto, o espaço onde o Estado deve efetivar os fins propostos na sua criação, o que mostra uma ligação estreita entre o território e os objetivos do Estado⁴⁵, e o poder deste sobre aquele é reflexo de um domínio sobre as pessoas. Esse domínio deverá ser aplicado respeitando e enquadrando-se aos fins propostos na formação do Estado. As teorias concordam, então, que não há Estado sem território e que este limita a ação soberana do Estado, não havendo possibilidade de convivência de duas soberanias no mesmo território⁴⁶. No entanto, com a globalização e as mudanças no mundo, é cada vez mais comum que a soberania dos Estados seja de alguma forma afetada com os tratados internacionais e dispositivos semelhantes, com objetivos inclusive de combater males que estão presentes em todo o planeta, como as mudanças climáticas⁴⁷.

Por fim, o povo pode ser descrito como a coletividade que, a fim de realizar um “ideal próprio de justiça, segurança e bem-estar, reivindica a instituição de um poder político privativo que lhe garanta o direito adequado às suas necessidades e aspirações”⁴⁸. Outra forma de descrevê-lo é como “o conjunto de indivíduos que para a realização de interesses comuns se constitui em comunidade política sob a égide de leis próprias e a direção de um mesmo poder”⁴⁹. O povo é aquele que pode exercer os direitos políticos em um Estado, decorrentes da soberania. Note-se que ‘povo’ é diferente de ‘população’, pois o primeiro compõe-se de pessoas ligadas a um território por um vínculo jurídico-político, a nacionalidade, e o segundo engloba, além do povo, os estrangeiros e apátridas⁵⁰.

Há vários detalhes que envolvem a nacionalidade no Brasil (e em outros países). Uma delas é a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, expressas

⁴⁴ MAIA, Anderson Menezes. **O quarto elemento constitutivo do Estado brasileiro: entre as finalidades da república federativa do Brasil e sua realidade social**. 2016, p. 21.

⁴⁵ “(...) o território seria um mero reflexo da ação do Estado, e este seria visto como a única fonte de poder capaz de modelar o território à sua imagem”. CATAIA, Marcio Antonio. Território político: fundamento e fundação do Estado. **Sociedade & natureza**, v. 23, p. 115-125, 2011. p. 116.

⁴⁶ MAIA, Anderson Menezes. **O quarto elemento constitutivo do Estado brasileiro: entre as finalidades da república federativa do Brasil e sua realidade social**. 2016, p. 21.

⁴⁷ SIMONOVIC, Ivan. State sovereignty and globalization: are some states more equal. **Ga. J. Int'l & Comp. L.**, v. 28, p. 381, 1999.

⁴⁸ CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 2014, p. 123.

⁴⁹ CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 2014, p. 124.

⁵⁰ MAIA, Anderson Menezes. **O quarto elemento constitutivo do Estado brasileiro: entre as finalidades da república federativa do Brasil e sua realidade social**. 2016, p. 24.

na Constituição Federal. Essas distinções trazem algumas implicações. Por exemplo, alguns cargos públicos podem ser ocupados apenas por brasileiros natos, e estes não podem ser extraditados, diferentemente dos naturalizados⁵¹.

O mais importante é que o povo consiste no conjunto de cidadãos e estes devem, desde que nascem, cumprir com as determinações do Estado para serem considerados assim. O “povo que tem em seu conceito vinculação intrínseca com o território legitima o poder político, o qual se reflete na soberania, vinculada a um determinado território”⁵². Como mostrado antes, o Estado exerce a soberania através do poder político que lhe é delegado pelo povo, e essa transmissão de poder é dada através da cidadania⁵³, que faz parte dos direitos políticos de quem possui a nacionalidade brasileira⁵⁴.

Mesmo depois de constituído, o Estado ainda tem o povo⁵⁵ como elemento essencial, pois é este que lhe dá condições de formar e externar a sua vontade, de forma que o povo participa da vontade do Estado, formando-a, e faz parte do poder soberano, em seu exercício. Em suma,

(...) o povo legitima o poder na democracia; o povo confere soberania nas decisões do estado porque o Estado reflete a soberania popular. Claro que estas análises se justificam em um regime democrático do governo pelo povo, ou seja, fundamentado no consentimento popular, e que só existe porque o povo assim o deseja. Este poder conferido pelo povo só se legitima se a adesão da vontade for livre. O poder é exercido em nome do povo, pela representação política, e para o povo. Deste modo, se o povo lhe conferiu o poder o Estado deve manifestar este poder em prol do povo⁵⁶.

⁵¹ CORTES, Heitor de Menezes. Brasileiros natos e naturalizados. **Revista de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 403-409, 1945.

⁵² MAIA, Anderson Menezes. **O quarto elemento constitutivo do Estado brasileiro: entre as finalidades da república federativa do Brasil e sua realidade social**. 2016, p. 27.

⁵³ “Situação jurídica reconhecida a pessoas de uma organização política, que confere a tais pessoas um *status* próprio dos cidadãos, um conjunto de posições jurídicas ativas e passivas, um bloco de iguais direitos e deveres de ordem civil, política, social, econômica, cultural, coletiva e difusa, os quais devem ser exercidos de modo participativo, protagonista e equilibrado quer na esfera política, quer no universo jurídico, quer ainda no âmbito da sociedade civil, sintonizando os interesses individuais de cada um com os interesses mais gerais da comunidade que integram”. SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 159.

⁵⁴ Para um melhor entendimento, ver: REZENDE FILHO, Cyro de Barros; CÂMARA NETO, Isnard de Albuquerque. A evolução do conceito de cidadania. **Revista de Ciências Humanas da UNITAU**, v. 7, n. 2, 2001.

⁵⁵ Chiari cita “il popolo come organizzazione politica e giuridica di una collettività sociale”. CHIARI, Pietro. Stato, sovranità e giustizia. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, v. 38, n. 2, p. 357-364, 2008. Tradução Livre: “o povo como organização política e jurídica de uma comunidade social”.

⁵⁶ MAIA, Anderson Menezes. **O quarto elemento constitutivo do Estado brasileiro: entre as finalidades da república federativa do Brasil e sua realidade social**. 2016, p. 30.

Assim, é importante que os fins do Estado estejam justificados em se inserirem nos anseios e perspectivas que levaram o povo a ceder-lhe poder para que o fizesse, seus objetivos se relacionam e são focados exclusivamente no povo.

1.3. CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo⁵⁷ foi o movimento responsável pela ideia atual de supremacia da Constituição⁵⁸. Seu surgimento se dá no século XVII, após um longo período de estados absolutos, tendo como base aspirações constitucionalistas e a

⁵⁷ Amaral Junior traz que “A palavra “constitucionalismo”, sem nenhuma especificação, remete aos movimentos de limitação do poder – que tiveram por objetivo superar e prevenir o absolutismo – decorrentes das três grandes Revoluções Liberais: (i) a Revolução Gloriosa inglesa, de 1688-1689, quando: (i.a) o Rei Jaime II foge para a França; (i.b) o Parlamento inglês escolhe novos Rei e Rainha, Guilherme de Orange e Maria; e (i.c) afirma, o Parlamento, a sua soberania; (ii) a Revolução Americana, referenciada pela Independência das até então Treze Colônias inglesas na América, em 4 de julho de 1776; e (iii) a Revolução Francesa, decorrente de um conjunto de fatos, como a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, mas cujo principal marco para o constitucionalismo, possivelmente, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (aliás, Direito ainda vigente na França porque é expressamente citada pelo Preâmbulo da Constituição francesa de 1958, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade francês). A inestimável importância da Declaração, sobretudo para o constitucionalismo, é corroborada pelo teor de cada um dos seus dispositivos, valendo destacar o art. 16: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição”. AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de Constituição. **Direito Público**, v. 18, n. 98, 2021, p. 673-674.

⁵⁸ “Costituzione e costituzionalismo sono quindi due nozioni che si integrano fra loro e, nello stesso tempo, paradossalmente, potrebbero anche confliggere. Di fatto, mentre costituzione storicamente indica nelle sue origini l'ordinamento materiale dello Stato come forma di governo, il concetto di costituzionalismo è venuto a indicare il limite di quell'ordinamento e a tenerlo a freno dalle prevaricazione dei suoi organi stessi nei confronti dei governati. La conflittualità fra le due nozioni è limitata dall'odierno concetto di costituzione il quale, oltre alle garanzie di equilibrio dell'ordinamento contro prepoteri dispotici di una delle sue componenti, comprende già in sé dei principi generali cui lo stesso assetto istituzionale, nonché l'azione politica di governo, devono attenersi. Si tratta di principi che si basano proprio sulla caratteristica di essere al di fuori di ogni ordinamento, perché corrispondenti a dei “diritti” considerati prestatali, originali, “innati”, legati alla natura umana individuale”. PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2014. n.p. Tradução Livre: ““Constituição e constitucionalismo são, portanto, duas noções que se complementam e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, podem até entrar em conflito. De fato, enquanto a constituição indica historicamente em suas origens a organização material do Estado como forma de governo, o conceito de constitucionalismo passou a indicar os limites dessa organização e a controlá-la da prevaricação de seus próprios órgãos em direção à os governados. O conflito entre as duas noções é limitado pelo conceito atual de constituição que, além das garantias de equilíbrio do ordenamento jurídico contra os poderes despóticos de um de seus componentes, já inclui em si alguns princípios gerais para o próprio arranjo institucional, assim como a ação política do governo, devem cumprir. São princípios que se fundamentam justamente na característica de estarem fora de qualquer ordenamento jurídico, pois correspondem a “direitos” considerados pré-estabelecidos, originários, “inatos”, vinculados à natureza humana individual”.

Inglaterra como precursora⁵⁹. Por isso, argumenta-se que a ideia de Constituição, nos dias de hoje, “riguarda appunto due componenti: la regolamentazione del potere, nel senso del suo limite per chi lo gestisce e delle garanzie di libertà per chi vi è soggetto; e l'organizzazione del potere, l'ordinamento”⁶⁰.

Em 1689 houve a instituição da supremacia do parlamento e a imposição de limites ao poder do rei, além de uma tripartição do parlamento (com representantes do poder monárquico, aristocrático e popular), no entanto com limitações:

La formula che ne seguiva in Inghilterra era quella della costituzione bilanciata fra esecutivo e legislativo, che diveniva il modello costituzionale per l'Europa, supportata dall'opera di Locke e, soprattutto, di Montesquieu (...). E tuttavia non si può certo per ora parlare di una costituzione che preservi le garanzie di libertà per tutti, ove si pensi già soltanto all'esclusione dal diritto di voto delle persone di umile condizione e all'ereditarietà, secondo ricchezza e rango, di metà del Parlamento (la Camera dei Lord)⁶¹.

Houve uma crise do sistema no século XVIII, pela falta de representatividade na formação da vontade política. Nova formulação do sistema veio, então, de duas revoluções: a revolução norte-americana, em 1776, e a francesa, em 1789. Em 1787, a Constituição dos EUA foi cunhada, baseada no poder constituinte do povo, e colocou limites na atuação do poder político. A Constituição Francesa, por sua vez, limitava o poder político mas não limitava o poder constituinte, que era a representação máxima da soberania popular⁶².

Nos EUA, deu-se início ao controle jurisdicional de constitucionalidade⁶³ no século XIX, e a Suprema Corte ficou incumbida de preservar a Constituição⁶⁴. O

⁵⁹ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 140p. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2011.

⁶⁰ PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2014. n.p. Tradução Livre: “diz respeito precisamente a duas componentes: a regulação do poder, no sentido do seu limite para quem o gere e das garantias de liberdade para quem a ele está sujeito; e a organização do poder, a ordem”.

⁶¹ PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. 2014. n.p.

⁶² MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Elsevier Brasil, 2008.

⁶³ Para uma justificação do controle de constitucionalidade, ver: FREEMAN, S. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. **Law and Philosophy**, 9, 1990, pp. 326-327.

⁶⁴ “The history of judicial review in America can be divided into three stages. The first, or what I call (for want of a better term) the “traditional” era of American constitutional interpretation and judicial review ran from the establishment of the Constitution in 1789 until sometime in the late nineteenth century (1890 is the date I use for reason that will be explained). This era was characterized by its assumption that the Constitution was both intelligible - it had a real or true meaning that could be known if one read it properly - and substantive - it established principles that were definite and clear enough to be enforced as legal rules, rather than merely proclaiming vague generalities. Judicial review was simply giving preference to the rule of the Constitution over any legislative or executive act that conflicted with it”. WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Rowman & Littlefield, 1994. p. 04. Tradução Livre: “A história da revisão judicial na

continente europeu, que não tinha abrigado regimes democráticos consistentes até a década de 1920, teve alteração nisso com a Constituição de Weimar, na Alemanha⁶⁵. Essa Constituição, junto de outras, passou ao Estado o dever de prestar ações positivas para efetivar direitos econômicos e sociais do povo, de forma que foram chamadas 'Constituições sociais'⁶⁶.

O constitucionalismo se consolidou a partir da Segunda Guerra Mundial partindo da premissa de que não pode haver democracia sem formas constitucionais de impedir o abuso das decisões majoritárias⁶⁷. O Estado (dito, na época, como social) passou a ser responsável pela promoção de direitos fundamentais⁶⁸ de segunda dimensão como assistência social, saúde, moradia, educação, lazer e às outras necessidades básicas do povo⁶⁹. Esse momento, embora preocupado em

América pode ser dividida em três estágios. A primeira, ou o que eu chamo (por falta de um termo melhor) a era "tradicional" da interpretação constitucional americana e revisão judicial decorreu desde o estabelecimento da Constituição em 1789 até algum momento no final do século XIX (1890 é a data que eu uso por motivo que será explicado). Essa era foi caracterizada por sua suposição de que a Constituição era inteligível - ela tinha um significado real ou verdadeiro que poderia ser conhecido se alguém a lesse adequadamente - e substantiva - ela estabelecia princípios que eram definidos e claros o suficiente para serem aplicados como regras legais, em vez de meramente proclamar vagas generalidades. A revisão judicial era simplesmente dar preferência à regra da Constituição sobre qualquer ato legislativo ou executivo que conflitasse com ela".

⁶⁵ MENDES, Conrado Hüber. **Controle de constitucionalidade e democracia**. 2008.

⁶⁶ GRIMM, Dieter. Types of constitutions. **The Oxford handbook of comparative constitutional law**, p. 98-132, 2012.

⁶⁷ RUBENFELD, Jed. Unilateralism and constitutionalism. **NYUL Review**, v. 79, p. 1971, 2004.

⁶⁸ São conceituados como "Posições jurídicas ou feixes de posições jurídicas ativas atribuídas, por normas-regra ou normas-princípio constitucionais, preponderantemente às pessoas humanas, mas em menor grau também a grupos, pessoas jurídicas ou indeterminabilidades difusas, integrando um aspecto central do ordenamento e dispondo de especial proteção perante os Poderes constituídos e as reformas legislativas implementadas por majorias momentâneas. Trata-se de direitos extraídos dos Textos das Constituições e aptos a desenvolvimentos judiciais, revestindo-se de fundamentalidade formal e, com frequência, também material, na medida em que pressupõem uma previsão constitucional expressa ou implícita e costumam refletir conteúdos ligados a bens jurídicos essenciais e à dignidade humana. Caracterizam-se pela historicidade e destinam-se a proteger a pessoa e os titulares em geral, individual ou coletivamente considerados, mediante a promoção dos ideais de liberdade, igualdade, fraternidade e solidariedade nas relações verticais entre o Estado e as pessoas e nas relações horizontais no interior da sociedade (...)". SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. 2023, p. 161.

⁶⁹ NULLMEIER, Frank; KAUFMANN, Franz-Xaver. Post-war welfare state development. **The Oxford handbook of the welfare state**, v. 1, p. 81-101, 2010.

conferir a dignidade humana aos indivíduos, trouxe à tona um certo paternalismo estatal⁷⁰ supressor da autonomia individual⁷¹.

Assim, a democracia exigia uma proteção dos direitos constitutivos, e o instrumento necessário para essa proteção seria a revisão judicial⁷², criando-se a ideia de que “o controle de constitucionalidade é uma conquista dos regimes democráticos contemporâneos”⁷³. Ficou entendido que era menos perigoso dar essa atribuição (a de conservar os direitos mínimos) a juízes do que delegá-las aos cidadãos e às assembleias, porque essas últimas, mesmo com maior legitimidade democrática, trazem consigo maior risco de instabilidade e maior propensão a impasses nas decisões⁷⁴.

Do constitucionalismo constam os dois limites ao poder do Estado que previnem o absolutismo:

um externo (“externo” porque relativo à afirmação de Direitos que são anteriores e superiores ao Estado, poderes de agir perante o Estado e a sociedade, inerentes à condição humana, independem do Estado que deve reconhecê-los, protegê-los e promovê-los) e um interno (“interno” porque relativo a uma dada forma de organizar o Estado que busca conter o poder estatal “por dentro”, ou seja, por meio do próprio arranjo institucional. O constitucionalismo, assim, “é uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário”. Daí decorre um conceito material de Constituição.⁷⁵

Há diferentes modos de compreender o fenômeno constitucional. Em 1792, Young mencionava, com desprezo, a noção francesa, “is a new term they have

⁷⁰ “A ideia de paternalismo decorre do transbordamento do modelo de relação paterno-filial para outros tipos de relações sociais, como, por exemplo, na relação entre Estado e cidadãos, médico e paciente etc. Um tratamento paternalista possui tanto uma dimensão de cuidado como uma dimensão de controle, sendo que o que se questiona é a aplicação do poder paternal a âmbitos sociais que não o das relações entre pais e filhos.” MALISKA, Marcos Augusto; CARVALHO, Fabrício. Direitos Sociais e Paternalismo no Contexto do Estado Social. **REVISTA ESMAT**, v. 10, n. 15, p. 131-148. 2018, p. 140.

⁷¹ ALSTON, Lee J.; FERRIE, Joseph P. **Southern paternalism and the American welfare state: Economics, politics, and institutions in the South, 1865-1965**. New York: Cambridge University Press, 1999.

⁷² “Criou-se, desse modo, o que se chama de modelo difuso de controle de constitucionalidade, que confere a cada juiz o poder de não aplicar uma lei se a considerar inconstitucional. O Brasil adotou esse modelo americano conciliado com o modelo austríaco de controle concentrado, que é exercido por um Tribunal Constitucional, no caso, o Supremo Tribunal Federal (STF). A característica principal do controle de constitucionalidade é que o Poder Judiciário tem competência para extrair uma lei do ordenamento jurídico estatal, sobrepondo-se à decisão do Poder Legislativo.” RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. **Sequência (Florianópolis)**, p. 189-207. 2012, p. 192-193.

⁷³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. 2012, p. 192.

⁷⁴ MENDES, Conrado Hüber. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁷⁵ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de Constituição. **Direito Público**. 2021, p. 674.

adopted; and wick they use as if a constitution was a pudding to be made by a recipe”⁷⁶. Thomas Paine, na mesma época, observava que as Constituições escritas estão para a “liberty, what a grammar is to language”. Segundo o autor, “Uma constituição não é ato de um governo, mas de um povo constituindo um governo, e um governo sem uma constituição é um poder sem direito”⁷⁷. Uma visão mais antiga de constituição foi colocada por Bolingbroke em 1733:

By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to wick the community hath agreed to be governed (...). We call this a good government, when (...) the whole administration of public affairs is wisely pursued, and with a strict conformity to the principles and objects of the constitution⁷⁸.

Dessa forma, Paine considera que um ato do governo que contraria a Constituição é um ato de poder sem direito, e Bolingbroke entende que isso apenas garante que o governo não é bom. O segundo entende que, se um governo falha, ele apenas é ruim, sem ser privado do direito, o que mostra uma versão mais autoritária do governo⁷⁹.

No conceito moderno de Constituição, o que se tem de parâmetro maisevidente é o art. 16º da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, que versa que “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição”. Esse parâmetro, no entanto, é visto de forma polêmica, pois traz uma receita de limitação do poder que previne o absolutismo, consistente na existência dos direitos individuais e na separação dos Poderes⁸⁰.

⁷⁶ Citado no Oxford Dictionary, no termo “constitution”. In: McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Indianápolis: Liberty Fund, 2008.

⁷⁷ Citado no Oxford Dictionary, no termo “constitution”. In: McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Indianápolis: Liberty Fund, 2008.

⁷⁸ Lord Bolingbroke, 1733, p. 34. In: McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Indianápolis: Liberty Fund, 2008. Tradução Livre: “Por constituição entendemos, sempre que falamos com propriedade e exatidão, aquele conjunto de leis, instituições e costumes, derivados de certos princípios fixos da razão, dirigidos a certos objetos fixos de bem público, que compõem o sistema geral, segundo o qual a comunidade concordou em ser governado (...). Chamamos a isso um bom governo, quando (...) toda a administração dos negócios públicos é conduzida com sabedoria e estrita conformidade com os princípios e objetos da constituição”.

⁷⁹ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de Constituição. **Direito Público**. 2021, p. 696.

⁸⁰ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de Constituição. **Direito Público**. 2021, p. 697.

O conceito de Constituição subjacente ao art. 16 da Declaração tem raízes na Antiguidade, passou pela Idade Média e, então, chegou à modernidade. Porém, o fenômeno constitucional, como entendido modernamente, “só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789”.

Hanna Pitkin aborda, de forma inicial, dois usos da palavra Constituição. O primeiro, relacionado à forma de vida de um povo e às suas características:

The first of these uses is "constitution" in the sense of composition or fundamental make-up, the "constituent parts" of something and how they are put together, its characteristic frame or nature. Concerning a person, "constitution" can mean either physical make-up (we say someone has a "robust" or a "delicate" constitution) or temperament, the frame of one's character. With respect to a community, this use of "constitution" suggests a characteristic way of life, the national character of a people, their ethos or fundamental nature as a people, a product of their particular history and social conditions. In this sense, our constitution is less something we have than something we are⁸¹.

O segundo uso está mais relacionado à Constituição como uma ação das pessoas, não uma característica de quem são:

The second use of "constitution" which deserves our attention is its function as a verbal noun pointing to the action or activity of constituting—that is, of founding, framing, shaping something anew. In this sense, our constitution is neither something we have nor something we are so much as something we do - or at any rate can do. It is an aspect of the human capacity to act, to innovate, to break the causal chain of process and launch something unprecedented⁸².

Carl Schmitt examina alguns conceitos modernos de Constituição. Segundo o conceito absoluto argumenta, todas as coisas e seres possuem sua própria constituição, de forma que a Constituição do Estado seria relativa à unidade política de uma nação ou povo:

Constitution in the Absolute Sense can mean, to begin with, the concrete manner of existence that is a given with every political unity. 1. The first

⁸¹ PITKIN, Hanna Fenichel. The Idea of a Constitution. **J. Legal Educ.**, v. 37, p. 167, 1987. p. 167. Tradução Livre: “O primeiro desses usos é “constituição” no sentido de composição ou composição fundamental, as “partes constituintes” de algo e como elas são reunidas, sua estrutura ou natureza característica. Em relação a uma pessoa, “constituição” pode significar tanto constituição física (dizemos que alguém tem uma constituição “robusta” ou “delicada”) ou temperamento, a estrutura do caráter de alguém. Com relação a uma comunidade, esse uso de “constituição” sugere um modo de vida característico, o caráter nacional de um povo, seu ethos ou natureza fundamental como povo, um produto de sua história particular e condições sociais. Nesse sentido, nossa constituição é menos algo que temos do que algo que somos”.

⁸² PITKIN, Hanna Fenichel. The Idea of a Constitution. 1987, p. 168. Tradução Livre: “O segundo uso de “constituição” que merece nossa atenção é sua função como um substantivo verbal que aponta para a ação ou atividade de constituir – isto é, de fundar, enquadrar, moldar algo novo. Nesse sentido, nossa constituição não é algo que temos nem algo que somos, mas algo que fazemos - ou pelo menos podemos fazer. É um aspecto da capacidade humana de agir, inovar, quebrar a cadeia causal do processo e lançar algo inédito”.

meaning is constitution = the concrete, collective condition of political unity and social order of a particular state. Political unity and social order is part of every state. It is, in other words, some principle of unity and order, some decision-making authority that is definitive in critical cases of conflicts of interest and power. One can term this collective condition of political unity and social order a constitution. The word, then, designates not a system or a series of legal principles and norms, according to which the formation of the state will and the exercise of state activity regulates itself, and in the following of which the order is evident⁸³.

Outra abordagem é a do conceito relativo de Constituição, que se refere à lei constitucional em particular. O autor faz menção às características externas e acessórias, chamadas de formais, ignorando o conteúdo em si. Esse caráter formal tem a ver com, por exemplo, a dificuldade em mudar o texto da Constituição, o que significa que as pessoas ou órgãos que emitiram o documento são detentoras de propriedades formais:

Constitution in a relative sense, therefore, means the individual constitutional law. Every substantive and factual distinction is lost due to the dissolution of the unified constitution into a multitude of individual, formally equivalent constitutional laws. Whether the constitutional law regulates the organization of the state will or has any other content is a matter of indifference for this "formal" concept. It is no longer generally asked why a constitutional provision must be "fundamental." Moreover, this relative, so-called formal perspective, makes everything indistinguishable, renders equal whatever is in a "constitution." In other words, it makes everything equally relative⁸⁴.

O conceito positivo, por sua vez, considera uma diferença entre a Constituição e a lei constitucional. A Constituição é válida em razão da vontade política de quem a coloca, e as leis constitucionais têm valor com base na Constituição e pressupõem uma Constituição:

⁸³ THORNHILL, Christopher; SEITZER, Jeffrey; SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008. Tradução Livre: "Constituição no Sentido Absoluto pode significar, para começar, o modo concreto de existência que é dado com toda unidade política. 1. O primeiro significado é constituição = a condição concreta e coletiva da unidade política e da ordem social de um Estado particular. A unidade política e a ordem social fazem parte de cada estado. É, em outras palavras, algum princípio de unidade e ordem, alguma autoridade decisória que é definitiva em casos críticos de conflitos de interesse e poder. Pode-se chamar essa condição coletiva de unidade política e ordem social de constituição. A palavra, então, não designa um sistema ou uma série de princípios e normas legais, segundo os quais se regula a formação da vontade estatal e o exercício da atividade estatal, e no seguimento dos quais a ordem é evidente".

⁸⁴ THORNHILL, Christopher; SEITZER, Jeffrey; SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. 2008. Tradução Livre: "Constituição em sentido relativo, portanto, significa o direito constitucional individual. Toda distinção substantiva e factual é perdida devido à dissolução da constituição unificada em uma multidão de leis constitucionais individuais formalmente equivalentes. Se a lei constitucional regula a organização da vontade do Estado ou tem qualquer outro conteúdo é indiferente para este conceito "formal". Já não se pergunta geralmente por que uma disposição constitucional deve ser "fundamental". Além disso, essa perspectiva relativa, dita formal, torna tudo indistinguível, iguala tudo o que está em uma "constituição". Em outras palavras, torna tudo igualmente relativo".

The constitution in the positive sense originates from an act of the constitution-making power. The act of establishing a constitution as such involves not separate sets of norms. Instead, it determines the entirety of the political unity in regard to its peculiar form of existence through a single instance of decision. This act constitutes the form and type of the political unity, the existence of which is presupposed. It is not the case that the political unity first arises during the “establishment of a constitution.” The constitution in the positive sense entails only the conscious determination of the particular complete form, for which the political unity decides. This external form can alter itself. Fundamentally new forms can be introduced without the state ceasing to exist, more specifically, without the political unity of the people ending⁸⁵.

Por fim, o conceito ideal de Constituição se relaciona a um certo ideal de Constituição. O autor conclui que o conceito ideal que domina é o do “Estado burguês de direito”, da Constituição como “a system of guarantees of bourgeois freedom”⁸⁶.

Outra definição é trazida por Loewenstein, que diz que, para saber se há a existência de um sistema político democrático constitucional, deve-se observar a existência ou a falta de instituições efetivas que possam distribuir o exercício do poder político entre seus detentores, e que permitam que esses detentores estejam sujeitos ao controle daqueles a quem ao poder é destinado, estes os detentores supremos do poder⁸⁷. O autor entende ainda que a história do constitucionalismo é a busca por limitações ao poder absoluto que é exercido pelos seus detentores e que esse movimento é produto da ideologia liberal⁸⁸.

Na literatura brasileira, Silva anota que o conceito de Constituição exige a proteção dos direitos fundamentais, além de regras sobre o exercício do poder, requerendo destas uma qualificação ao exigir que estejam baseadas em alguma forma de separação de poderes. Ambos são necessários, do ponto de vista do autor, e ambos precisam objetivar que se evite a concentração e o arbítrio no exercício do poder. Também é necessário que as instituições estejam abertas à participação

⁸⁵ THORNHILL, Christopher; SEITZER, Jeffrey; SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. 2008. Tradução Livre: “A constituição no sentido positivo origina-se de um ato do poder constituinte. O ato de estabelecer uma constituição como tal não envolve conjuntos separados de normas. Em vez disso, determina a totalidade da unidade política em relação à sua forma peculiar de existência por meio de uma única instância de decisão. Este ato constitui a forma e o tipo da unidade política, cuja existência é pressuposta. Não é o caso que a unidade política surge primeiro durante o “estabelecimento de uma constituição”. A constituição no sentido positivo implica apenas a determinação consciente da forma completa particular, pela qual a unidade política decide. Essa forma externa pode se alterar. Fundamentalmente novas formas podem ser introduzidas sem que o Estado deixe de existir, mais especificamente, sem que a unidade política do povo acabe”.

⁸⁶ SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Duke University Press, 2008. p. 90. Tradução Livre: “um sistema de garantias da liberdade burguesa”.

⁸⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Ariel, 1986.

⁸⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 1986.

popular, para que a Constituição crie uma comunidade política que seja capaz de unir diferentes visões de mundo em torno de um projeto de país⁸⁹.

Barroso traz os que seriam os objetivos últimos da Constituição:

a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas; c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social; d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos⁹⁰.

Ferdinand Lassalle⁹¹ entende que a Constituição não pode ser conceituada apenas como uma lei fundamental em que se baseia a organização de direito público da nação, pois isso não oferece mecanismo para saber se uma Constituição é boa, factível e duradoura. Compara a Constituição a uma lei normal, argumentando que a primeira deve ser mais sagrada, firme e imóvel que a segunda, servindo de fundamento para todas as outras leis, atuando e irradiando através das leis comuns do país, sendo “O fundamento a que respondem não permite serem de outro modo. Somente as coisas que carecem de fundamento, que são as casuais e fortuitas, podem ser como são ou mesmo de qualquer outra forma; as que possuem um fundamento não, pois aqui rege a lei da necessidade”⁹². Conclui que “em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”⁹³.

O autor, na prática, troca o Direito pela força como fator real de poder, enfatizando que o Exército representa o instrumento de poder político do rei e é fator decisivo do poder organizado⁹⁴. No entanto, o constitucionalismo evoluiu de modo mais construtivo em sua intenção de limitar o poder, deixando de ser considerada uma folha de papel e passando-se a reconhecer que ela “contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹¹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁹² LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2001, p. 09.

⁹³ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2001, p. 17.

⁹⁴ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2001, p. 40.

que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição”⁹⁵. Hesse, transcrevendo Humboldt, cita que

[...] Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente nos princípios da razão e da experiência.

Isso significa que a Constituição não deve ignorar as leis culturais, sociais, políticas e econômicas que imperam em uma nação, sob o risco de tentar construir o Estado de forma abstrata e teórica e não possuir uma força vital de que necessita para que seja efetivamente cumprida. Pitkin argumenta que “We are the species that constitutes itself, that collectively shapes itself, not just genetically through reproduction, as all species do, but culturally, through history”⁹⁶.

Para Hesse, “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”⁹⁷. Com isso, o autor introduz a ideia de vontade da Constituição, que é “a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio”⁹⁸, sendo que essa ordem deve estar em um constante processo de legitimação e que demanda o concurso da vontade humana.

Para que seja preservada a sua força normativa, a Constituição deve ter condições de adaptar-se a eventuais mudanças nas variáveis condicionantes e ser capaz de conciliar estruturas aparentemente contrárias, como os direitos e os deveres. Além disso, deve haver correspondência entre o seu conteúdo e o que existe na prática, como já apontado. Hesse conclui que “Uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por

⁹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 17-18.

⁹⁶ PITKIN, Hanna Fenichel. *The Idea of a Constitution*. 1987, p. 168. Tradução Livre: “Somos a espécie que se constitui, que se molda coletivamente, não apenas geneticamente através da reprodução, como fazem todas as espécies, mas culturalmente, através da história”.

⁹⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1991, p. 19.

⁹⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1991, p. 19.

consequente, o limite de qualquer mutação normativa”⁹⁹. Pode-se complementar com o que traz Pitkin:

And so we come back to "constitution" as fundamental ethos or temperament. For not every choice we make, no matter how active, innovative, or willful, succeeds in expressing the chooser's real needs or basic commitments, whether the chooser be one person or a whole polity. So, although constituting is always a free action, how we are able to constitute ourselves is profoundly tied to how we are already constituted by our own distinctive history. Thus there is a sense, after all, in which our constitution is sacred and demands our respectful acknowledgement. If we mistake who we are, our efforts at constitutive action will fail¹⁰⁰.

Ainda sobre a vontade de Constituição, Hesse ensina que, quanto mais intensa ela for, menos limites e restrições serão impostos à sua força normativa. A força normativa desse dispositivo será colocada à prova principalmente em tempos emergenciais e de necessidade, mostrando a importância dessa vontade de Constituição¹⁰¹.

Os aspectos constitucionais aqui apresentados são apenas parte de um extenso debate acerca das definições, da importância e da força normativa que têm as Constituições, bem como a evolução desses aspectos ao longo do tempo. O que buscou-se expor neste tópico foi que o constitucionalismo refletiu o movimento que aos poucos retirou o poder absoluto dos governantes, fazendo-o através de uma Constituição, que é um conjunto de normas que fundamenta todas as demais leis do país e determina como a separação de poderes é aplicada em uma determinada nação.

A garantia dos direitos fundamentais¹⁰² é um dos principais objetivos da Constituição, como foi pontuado, e pode ser reiterado: “(...) una delle tipologie di diritti

⁹⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1991, p. 23.

¹⁰⁰ PITKIN, Hanna Fenichel. *The Idea of a Constitution*. 1987, p. 169. Tradução Livre: “E assim voltamos à "constituição" como ethos ou temperamento fundamental. Pois nem toda escolha que fazemos, não importa quão ativa, inovadora ou obstinada, consegue expressar as reais necessidades ou compromissos básicos de quem faz a escolha, seja quem faz a escolha uma pessoa ou toda uma organização política. Assim, embora constituir seja sempre uma ação livre, o modo como somos capazes de nos constituir está profundamente ligado ao modo como já somos constituídos por nossa própria história distintiva. Portanto, há um sentido, afinal, em que nossa constituição é sagrada e exige nosso respeitoso reconhecimento. Se confundirmos quem somos, nossos esforços de ação constitutiva falharão”.

¹⁰¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1991, p. 23-25.

¹⁰² Pani conclui que “(...), la storia del costituzionalismo è legata alla teoria giusnaturalistica, quindi all'idea di diritti umani inalienabili, e tuttavia non le è stata immediatamente conseguente; è andata avanti piuttosto per tappe lente, non coincidenti con quella che, con una certa enfasi celebrativa, si chiama la nascita dello "Stato moderno" fra XVI e XVII secolo. Lo Stato costituzionale moderno è il risultato, in realtà, di una lunga storia di forme di "Stato moderno" e delle sue "costituzioni””. PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. 2014. n.p. Tradução Livre: ““(…), a história do

di maggiore rilievo ai fini dell'analisi dell'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo, quella dei diritti fondamentali sociali (...)”¹⁰³.

1.4. ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Esta seção objetiva trazer uma breve discussão sobre o Estado constitucional democrático, também chamado de Estado democrático de Direito¹⁰⁴. É importante trazer essa discussão para que se compreenda como funciona esse Estado e como ele difere de outros tipos.

Antes disso, cabe ressaltar rapidamente a relação entre democracia¹⁰⁵ e constitucionalismo. Argumenta-se que não há constitucionalismo sem democracia e vice-versa e, mesmo que essa relação pareça pressuposta à primeira vista, sob um olhar mais aprofundado é possível perceber que ela é tensa e que traz consigo um conflito sem solução. Primeiro, traz-se o objetivo de uma Constituição (nesse caso, uma Declaração de Direitos):

The very purpose of a Bill of Right was to withdraw certain subjects from vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of

constitucionalismo está ligada à teoria do direito natural, portanto à ideia de direitos humanos inalienáveis, e ainda assim não lhe foi imediatamente consequente; pelo contrário, procedeu em etapas lentas, não coincidindo com o que, com certa ênfase comemorativa, se chama o nascimento do "Estado moderno" entre os séculos XVI e XVII. O estado constitucional moderno é, na verdade, o resultado de uma longa história de formas do "estado moderno" e de suas "constituições".

¹⁰³ GAMBINO, Silvio. **Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica**. Giuffrè Editore, 2009. n.p. Tradução Livre: "(...) um dos tipos de direitos mais importantes para efeito de análise da evolução do constitucionalismo contemporâneo, o dos direitos sociais fundamentais (...)".

¹⁰⁴ "O Estado Democrático de Direitos, modelo de organização atualmente predominante na cultura Ocidental, estabeleceu-se após a consolidação de um ciclo iniciado com a aparição do Estado Moderno, que atravessou, primeiramente, o Estado de Direito nos perfis liberal e de bem-estar, para atingir o atual estágio democrático de submissão dos Poderes à Constituição. Uma submissão em forma (*per lege*) e em conteúdo (*sub lege*). As imagens de constitucionalismo e democracia fundem-se no Estado Democrático, que reúne a limitação do poder, a supremacia da lei e a soberania e o Governo do povo". SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial**. 2023, p. 89-90.

¹⁰⁵ De forma minimalista, "In Schumpeter's conception, democracy is just a system in which rulers are selected by competitive elections. Popper defends it as the only system in which citizens can get rid of governments without bloodshed" PRZEWORSKI, Adam; SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDON, Casiano. A minimalist conception of democracy. **Democracy's value**, p. 23-55, 1999. p. 196. Tradução Livre: "Na concepção de Schumpeter, a democracia é apenas um sistema no qual os governantes são selecionados por eleições competitivas. Popper o defende como o único sistema em que os cidadãos podem se livrar dos governos sem derramamento de sangue". Além disso, Bobbio traz que "What is democracy other than a set of rules (...) for the solution of conflicts without bloodshed?". BOBBIO, Norberto. The future of democracy. **Telos**, v. 1984, n. 61, p. 3-16, 1984. Tradução Livre: "O que é a democracia senão um conjunto de regras (...) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue?".

majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote: they depend on the outcome of no elections¹⁰⁶.

Com base nisso, Holmes argumenta que “Constitutionalism, from this perspective, is essentially antidemocratic. The basic function of a constitution is to remove certain decisions from the democratic process, that is, to tie the community's hands”¹⁰⁷.

Na mesma linha, Michelman¹⁰⁸ argumenta que conciliar esses dois conceitos é uma tarefa complexa e problemática. Isso porque, enquanto a democracia aparece como um autogoverno do povo (este tomando as suas decisões), o constitucionalismo surge como aquele que contém essa capacidade de tomada de decisão popular, através de uma norma fundamental (a Constituição), que visa controlar até onde as normas são feitas, por quem e com que procedimentos. Ainda, entende que é uma parte fundamental do constitucionalismo que essa norma deve ficar longe do alcance da política majoritária, a qual deve limitar.

Isso foi apontado anteriormente, quando foi apontado que o constitucionalismo prefere deixar por conta dos magistrados¹⁰⁹ decidir sobre alguns assuntos de

¹⁰⁶ West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, at 638. Tradução Livre: “O próprio objetivo de uma Declaração de Direitos era retirar certos assuntos das vicissitudes da controvérsia política, colocá-los fora do alcance das maiorias e funcionários e estabelecê-los como princípios jurídicos a serem aplicados pelos tribunais. O direito à vida, à liberdade e à propriedade, à liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de culto e reunião e outros direitos fundamentais não podem ser submetidos a votação: eles não dependem do resultado de nenhuma eleição”.

¹⁰⁷ HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. **Constitutionalism and democracy**, v. 195, n. 1, p. 199-221, 1988. p. 196. Tradução Livre: “O constitucionalismo, nessa perspectiva, é essencialmente antidemocrático. A função básica de uma constituição é retirar certas decisões do processo democrático, ou seja, amarrar as mãos da comunidade”.

¹⁰⁸ MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. Princeton University Press, 2005.

¹⁰⁹ “Living constitutionalists, the originalist counters, recommend constitutional practices that threaten a number of cherished values, among them the rule of law and the separation of powers. They are, in effect, happy to place the constitution in the hands of contemporary judges who are licensed, under the guise of interpreting it, to change the constitution to suit their own political inclinations and moral preferences. And this, originalists claim, only serves to thwart cherished values secured by having a stable, politically neutral constitution, and may render all talk of genuine constitutional constraint meaningless”. WALUCHOW, Wil; KYRITSIS, Dimitrios. Constitutionalism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2001. n. p. Tradução Livre: ““Os constitucionalistas vivos, os contadores originalistas, recomendam práticas constitucionais que ameaçam uma série de valores acalentados, entre eles o estado de direito e a separação de poderes. Eles estão, de fato, felizes em colocar a constituição nas mãos de juízes contemporâneos que estão autorizados, sob o pretexto de interpretá-la, a mudar a constituição para adequá-la às suas próprias inclinações políticas e preferências morais. E isso, afirmam os originalistas, serve apenas para frustrar os valores acalentados garantidos por uma constituição estável e politicamente neutra, e pode tornar sem sentido qualquer conversa sobre constrangimento constitucional genuíno”.

interesse geral, uma vez que a deliberação democrática está mais sujeita a variações e a conflitos¹¹⁰.

Com base nisso, aquelas partes da Constituição que são mais rígidas e de difícil modificação também representam um entrave no equilíbrio entre constitucionalismo e democracia. Vale ressaltar que “Não há primazia de um sobre o outro, uma vez que ambos parecem ser constitutivos do Direito¹¹¹. Dworkin, por sua vez, acredita que esse conflito antes mencionado é ilusório e baseado em uma compreensão incorreta do que a democracia é¹¹². Alinhando a isso, Colón-Ríos traz que

In this sense, far from negating democracy, constitutionalism creates an orderly framework that allows people to make political decisions: "Viewed correctly, constitutionalism and the rule of law are not in conflict with democracy; rather, they are essential to it"¹¹³.

¹¹⁰ Um exemplo disso é trazido por Colón-Ríos: “The constitutionalism-democracy dilemma, the idea that constitutionalism and democracy are in tension (or in conflict) with each other, is not only a matter of constitutional theory. In fact, this problem has been the object of judicial treatment in several cases which, in one way or another, touched upon the fundamental principles of the juridical order in question. In North America, one of these cases is the Reference re Secession of Quebec, where the Supreme Court of Canada considered the question of the unilateral secession of Quebec. In an attempt to balance democratic and constitutional principles, the court held that the Canadian constitution, which does not contain a provision allowing provinces to secede from Canada, could not be legitimately circumvented even if a majority of Quebecois voted in favor of secession. According to the Court, the Canadian conception of democracy is not a mere system of majority rule but, taken in conjunction with other constitutional principles, involves the idea “that the political representatives of the people of a province have the capacity and the power to commit to be bound into the future by the constitutional rules being adopted””. COLÓN-RÍOS, Joel. The end of the constitutionalism-democracy debate. **Windsor Rev. Legal & Soc. Issues**, v. 28, p. 25, 2010. p. 28-29. Tradução Livre: ““O dilema constitucionalismo-democracia, a ideia de que constitucionalismo e democracia estão em tensão (ou em conflito) um com o outro, não é apenas uma questão de teoria constitucional. Com efeito, este problema tem sido objeto de tratamento judicial em diversos casos que, de uma forma ou de outra, tocaram nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico em questão. Na América do Norte, um desses casos é o Reference re Secession of Quebec, onde a Suprema Corte do Canadá considerou a questão da secessão unilateral de Quebec. Em uma tentativa de equilibrar os princípios democráticos e constitucionais, o tribunal considerou que a constituição canadense, que não contém uma disposição permitindo que as províncias se separem do Canadá, não poderia ser legitimamente contornada mesmo se a maioria dos quebequenses votasse a favor da secessão. De acordo com a Corte, a concepção canadense de democracia não é um mero sistema de regra de maioria, mas, tomada em conjunto com outros princípios constitucionais, envolve a ideia “de que os representantes políticos do povo de uma província têm a capacidade e o poder de cometer ser vinculado no futuro pelas regras constitucionais que estão sendo adotadas””.

¹¹¹ GAVIÃO, Vanessa Cristina. A relação entre o constitucionalismo e a democracia: uma análise da nova lei de cotas sociais. **Revista de Informação Legislativa**, 2013, v. 50. n. 199, p. 237-254. p. 238.

¹¹² DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995. p. 2.

¹¹³ COLÓN-RÍOS, Joel. The end of the constitutionalism-democracy debate. 2010, p. 29. Tradução Livre: “Nesse sentido, longe de negar a democracia, o constitucionalismo cria uma estrutura ordenada que permite que as pessoas tomem decisões políticas: “Visto corretamente, o constitucionalismo e o estado de direito não estão em conflito com a democracia; ao contrário, eles são essenciais para ela””.

Ao final da idade moderna, com a institucionalização do Estado Liberal¹¹⁴, foi aceita a individualidade das pessoas, baseando-se na racionalidade e nos princípios da igualdade, liberdade e propriedade. Nessa época, o dever do Estado era interferir o mínimo possível na autonomia privada, garantindo a liberdade dos indivíduos. Esse cenário acabou por gerar grandes desigualdades econômicas e sociais, entrando em crise. Passou-se, então, ao Estado Social, que promoveu a expansão do que é público, buscando a materialização da igualdade e da liberdade, aproximando-se da sociedade por meio da política e do Direito. No entanto,

Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta do Estado Social) o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente¹¹⁵.

Assim, com a crise do Estado Social e a necessidade de uma nova formulação de igualdade e liberdade¹¹⁶, surge o Estado Democrático de Direito, “o qual apresenta a formação racional da vontade coletiva e abre espaço para a discussão pública, trazendo consigo a ideia de maior materialização de direitos fundamentais”¹¹⁷.

A terminologia¹¹⁸ “Estado Constitucional Democrático de Direito” se refere a uma estrutura de Estado que tem conformação constitucional, que prevê “um rol de

¹¹⁴ “Os traços fundamentais do que chamamos “Estado de Direito Liberal substancial” são a constitucionalização de um rol de direitos individuais, ditos direitos fundamentais, a divisão de poderes, a noção de império da lei e, sua consequência, o princípio da legalidade”. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. **RIBD. Lisboa, Instituto de Direito Brasileiro**. Vol. 1, n. 1, p. 143-182, 2012. p. 145.

¹¹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

¹¹⁶ “Assim, em razão da nova concepção de igualdade e liberdade, novos direitos fundamentais surgiram. Igualdade e liberdade requerem agora materialização tendencial; não mais podemos nelas pensar sem considerar as diferenças, por exemplo, entre o proprietário dos meios de produção e o proprietário apenas de sua força de trabalho, o que passa a requerer a redução do Direito Civil, com a emancipação do Direito do Trabalho, da previdência social e mesmo a proteção civil do inquilino. Enfim, o lado mais fraco das várias relações deverá ser protegido pelo ordenamento e, claro, por um ordenamento de leis claras e distintas”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, 2003. p. 13.

¹¹⁷ GAVIÃO, Vanessa Cristina. A relação entre o constitucionalismo e a democracia: uma análise da nova lei de cotas sociais. 2013, p. 239.

¹¹⁸ “As expressões variam nos diversos textos constitucionais. Assim a Lei Fundamental de Bonn utiliza a expressão “Estado de Direito republicano, democrático e social” no art. 28, parágrafo 1, referindo-se à organização dos Estados federados (Lauder) e “Estado federal, democrático e social” no art. 20, parágrafo 1. Na Espanha, diz o art. 1º que o país se constitui em “Estado social y democrático de Derecho”. As Constituições do Brasil (art. 1º) e da Polônia (art. 2º) utilizam a forma “Estado Democrático de Direito”. Já as de São Tomé (art. 6º), Cabo Verde (art. 2º) e da República Tcheca (art. 1º) valem-se da expressão “Estado de Direito Democrático”, também adotada pela Constituição Portuguesa no art. 2º, na Revisão Constitucional de 1982. As Constituições da Bulgária e Romênia adotam a expressão “Estado Democrático, de Direito e social” nos Preâmbulos e a da Colômbia refere-se a Estado social

direitos fundamentais e de limitações ao legislador, em nome de uma esfera inviolável de direitos do cidadão”¹¹⁹. Os princípios constitucionais conformadores desse regime democrático

revelam que o Estado Constitucional só é constitucional se for democrático. Daí que ‘tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva de Estado de direito. Tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito’, isto é, sujeito a regras jurídicas¹²⁰.

Assim, o Estado Constitucional Democrático de Direito é um Estado material de Direito, em que o poder do Estado democrático está associado aos valores e princípios jurídicos que constam na Constituição, aos quais todos se submetem (cidadãos, o Estado, o governo e a maioria parlamentar). Esses valores constitucionais limitam a ação de todos, sem vincular o regime a uma ‘concepção socializante de Estado’¹²¹. Os requisitos mínimos do Estado Constitucional Democrático de Direito são

- a) Definição precisa e garantia real de direitos fundamentais, no mínimo aqueles referentes à vida, à integridade pessoal, à liberdade física, de consciência e religião, à segurança individual e jurídica e à igualdade jurídica;
- b) à pluralidade de órgãos governamentais com funções distintas, competindo ao Parlamento o primado da função legislativa;
- c) a reserva da função jurisdicional a tribunais independentes, efetivada esta pela existência de garantias de independência dos juízes;
- d) princípio da constitucionalidade, com efetivo controle, jurisdicional ou jurisdicionalizado, da constitucionalidade das leis;
- e) princípio da legalidade dos atos administrativos, com meios para sua impugnação contenciosa;
- f) a existência de responsabilidade civil do Estado, com obrigação deste de indenizar os danos causados a particulares por seus agentes, no exercício de suas funções.¹²²

Além disso, aponta-se também a existência de ‘subprincípios concretizadores’ do princípio do Estado de Direito, quais sejam: (a) legalidade, (b) segurança jurídica e proteção da confiança dos cidadãos, (c) proibição do excesso e (d) proteção jurídica

de direito no art. 1º. Já a Constituição da República da Guiné-Bissau, no art. 3º, usa a fórmula “Estado de democracia constitucionalmente instituída””. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. 2012, p. 156.

¹¹⁹ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. 2012. p. 156.

¹²⁰ J.J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5a ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 231.

¹²¹ MANETTI, Michela. Costituzione, partecipazione democratica, populismo. **Rivista N**, v. 3, n. 2018, 2018.

¹²² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3a ed., Coimbra, Coimbra ed., 2000. p. 198.

e garantias processuais (controle judicial). Também se fala no princípio democrático como tautologicamente essencial à noção de Estado enquanto no regime citado¹²³.

Por fim, traz-se algumas dimensões essenciais desse regime de Estado, que são: constitucionalidade¹²⁴, sistema de direitos fundamentais¹²⁵, socialidade¹²⁶ e democracia¹²⁷. Essas dimensões essenciais referem-se à expressão ‘Verfassungstaat’¹²⁸, que seria o equivalente na doutrina alemã ao Estado Constitucional Democrático de Direito:

Among a plethora of development and security agencies, a new “rule of law consensus” has emerged. This consensus consists of two elements: (1) the belief that the rule of law is essential to virtually every Western liberal foreign policy goal – human rights, democracy, economic and political stability, international security from terrorist and other transnational threats, and transnational free trade and investment; and (2) the belief that international interventions, be they through money, people, or ideas, must include a rule-of-law component¹²⁹.

¹²³ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. 2012. p. 159.

¹²⁴ SPADARO, Antonino. Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità. **Quaderni costituzionali**, v. 18, n. 3, p. 343-422, 1998.

¹²⁵ GOODPASTER, Gary S. The Constitution and Fundamental Rights. **Ariz. L. Rev.**, v. 15, p. 479, 1973.

¹²⁶ “Este Estado de Direito é um estado social, caracterizado, além de pelo reconhecimento de direitos individuais, pela densidade da normação de direitos sociais (assim, CF, arts. 6o e 7o), incluídos entre os referidos, direitos a ações estatais positivas e mesmo com força normativa ante particulares (inúmeros dos direitos dos trabalhadores, assegurados pelo art. 7o da CF). Na doutrina constitucional alemã, é freqüente o uso da expressão Estado Social e Democrático de Direito, colhida dos art. 20, parágrafo 1 e 28, parágrafo 1 da Lei Fundamental (número 1, supra)”. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. 2012. p. 180.

¹²⁷ BELLAMY, Richard. The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996.

¹²⁸ “From the last quarter of the twentieth century, the rule of law has come to occupy an increasing amount of discursive space, not only among lawyers, for whom it had been an old theme, but also among promoters of economic development, human rights, democratization, state-building, and political and legal reform. Increasingly, it is alleged, the rule of law is a key ingredient in the attainment of all these good things and others”. KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). **UNSW Law Research Paper**, n. 2013-52, 2013. Tradução Livre: “A partir do último quartel do século XX, o Estado de Direito passou a ocupar cada vez mais espaço discursivo, não apenas entre juristas, para quem era um tema antigo, mas também entre promotores do desenvolvimento econômico, dos direitos humanos, da democratização, construção do estado e reforma política e legal. Cada vez mais, alega-se, o estado de direito é um ingrediente-chave na obtenção de todas essas coisas boas e outras”.

¹²⁹ CALL, Charles (Ed.). **Constructing justice and security after war**. US Institute of Peace Press, 2007. p. 04. Tradução Livre: “Entre uma infinidade de agências de desenvolvimento e segurança, surgiu um novo “consenso do estado de direito”. Esse consenso consiste em dois elementos: (1) a crença de que o estado de direito é essencial para praticamente todos os objetivos da política externa liberal ocidental – direitos humanos, democracia, estabilidade econômica e política, segurança internacional contra terroristas e outras ameaças transnacionais e liberdade transnacional comércio e investimento; e (2) a crença de que as intervenções internacionais, sejam elas por meio de dinheiro, pessoas ou ideias, devem incluir um componente de estado de direito”.

Por fim, pode-se dizer então que o Estado Constitucional Democrático de Direito é “é o paradigma jurídico-político do Estado do bem-estar social que se desenvolveu principalmente na Europa, após a 2a Guerra Mundial”¹³⁰ e “onde o constitucionalismo alemão (Lei Fundamental e formas de sua concretização pelo Tribunal Constitucional) alcançaram desenvolvimento ímpar”¹³¹, e corresponde à estruturação jurídico-constitucional do Estado moderno.

¹³⁰ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. 2012. p. 181.

¹³¹ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. 2012. p. 182.

CAPÍTULO 2

CONSTITUIÇÃO E REGULAÇÃO NO BRASIL

2.1. BREVE HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Antes da sua independência, o Brasil não era um só, devido aos diferentes comportamentos seguidos pelas suas províncias¹³². Quando da Independência e um conjunto de acontecimentos, passou a ser possível organizar o erguimento de uma unidade autônoma que passaria a ser reconhecida como Brasil¹³³. Essa anterior inexistência de unidade impediu, por exemplo, que houvesse uma “história do Brasil” até o século XIX¹³⁴.

A face jurídica da Independência trazida com a Constituição de 1824¹³⁵ apresentava indícios de ser ineficaz do ponto de vista do que uma Constituição deve apresentar, com base no que foi discutido anteriormente¹³⁶. Exemplos disso são trazidos por Gomes, que conclui que tal dispositivo não passaria de “uma mera fachada”:

¹³² BIRNIR, Jóhanna Kristín; VAN COTT, Donna Lee. Disunity in diversity: party system fragmentation and the dynamic effect of ethnic heterogeneity on Latin American legislatures. **Latin American research review**, n. 42, v. 01, p. 99-125, 2007.

¹³³ “A Independência é, assim, aquilo que organiza em torno dela tanto a unidade Brasil quanto a história que se conta sobre essa unidade, fazendo convergir para ela o que lhe antecedeu desde o período colonial e fazendo necessariamente relacionar-se com ela – muitas vezes decorrer ou derivar dela – aquilo que aconteceu depois dela”. GOMES, David Francisco Lopes. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 12.

¹³⁴ “Em parte, essa inexistência se devia à inexistência correlata de uma unidade de referência – se não há Brasil, não pode haver história do Brasil. De outra parte, porém, o próprio conceito de história, típico de uma compreensão moderna da história, e suas correlatas estruturas de percepção temporal, típicos de uma compreensão moderna da temporalidade, conceito e estruturas indispensáveis à elaboração da história do Brasil, não estavam disponíveis antes da primeira metade do século XIX. A sedimentação de tal conceito e a fixação de tais estruturas temporais viriam a ocorrer concomitantemente aos desdobramentos e à consolidação da Independência, num reforço recíproco”. GOMES, David Francisco Lopes. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil**. 2016. p. 12.

¹³⁵ “O movimento do século XIX por uma Constituição no Brasil seguiu, sobretudo em seu discurso, as mesmas bases axiológica e filosófica européias. Pregava-se a necessidade da norma escrita como meio de emancipação do ser humano, naturalmente livre e detentor de dignidade inata, não sendo legítimo que se submetesse a poderes temporais que não se calcasse na razão iluminadora e redentora. As balizes liberais encontravam-se nos objetivos dos constitucionalistas de então: separação de poderes, liberdades individuais, estruturação do Estado nacional liberal”. FILHO, Juraci Mourão Lopes. *As Origens Do Constitucionalismo Brasileiro: O Pensamento Constitucional no Império*. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2010, p. 6268-6279.

¹³⁶ FALLON JR, Richard H. How to choose a constitutional theory. **Cal L. Rev.**, 1999, 87: 535.

figura do poder moderador, silêncio cúmplice sobre a escravidão, contradições de um liberalismo assegurado normativamente no interior de uma sociedade radicalmente desigual e escravista, incapacidade de exercer um controle sobre as pretensões de poder autoritárias do primeiro dos Pedros, ineficácia generalizada (...) ¹³⁷

Inclui-se a isso outras reflexões ¹³⁸, como a de que “Sem a reforma do período regencial (...), a Constituição teria sido um desastre ou tão-somente uma fachada ornamental, qual o fora já nas mãos do primeiro Imperador” ¹³⁹, e a de que “É a história, portanto, da caminhada política para o Ato Adicional que se faz mister relatar, pois antes deste a Constituição do Império era tão-somente ficção da liberdade” ¹⁴⁰. Comparato adiciona que o papel daquela Constituição nunca foi o de assegurar o limite e o controle do poder político ¹⁴¹, pelo contrário, apenas o legitimava ¹⁴², concluindo que

Em suma, nunca tivemos Constituições autênticas, porque o verdadeiro constituinte nunca foi chamado ao prosclênio do teatro político. Permaneceu sempre à margem, como expectador entre cético e intrigado, à semelhança daquele carreteiro no quadro de Pedro Américo do Grito do Ipiranga. A Constituição tende a ser, em grande parte, apenas adereço à organização política do país, necessário sem dúvida por razões de decoro, mas com função mais ornamental que efetiva no controle do poder ¹⁴³.

¹³⁷ GOMES, David Francisco Lopes. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil**. 2016. p. 15.

¹³⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. Cambridge University Press, 2009.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9a. ed. Brasília: OAB, 2008, p. 117.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 2008, p. 118.

¹⁴¹ Há exemplos disso em: POSNER, Daniel N.; YOUNG, Daniel J. The institutionalization of political power in Africa. **Journal of democracy**, 2007, 18.3: 126-140.; CASTIGLIONE, Dario. The political theory of the constitution. **Political Studies**, 1996, 44.3: 417-435.

¹⁴² COMPARATO, Fábio Konder (org). Prefácio. In: FAORO, Raymundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007, p. 18-22.

¹⁴³ COMPARATO, Fábio. Prefácio. 2007, p. 21.

Neves aponta para uma “constitucionalização simbólica”¹⁴⁴ e que isso é um problema típico de Estado periférico¹⁴⁵, tomando no caso brasileiro a Constituição de 1824 como primeiro exemplo:

Apesar de tolerar a escravidão, estabelecer um sistema eleitoral censitário amplamente excludente (arts. 92 a 95) e adotar a figura do Poder Moderador (arts. 98 a 101), resquício absolutista, a “Carta” imperial de 1824 tinha traços liberais, expressos sobretudo na declaração de direitos individuais contida no seu art. 179. Mas os direitos civis e políticos previstos no texto constitucional alcançaram um nível muito limitado de realização. Também os procedimentos constitucionais submeteram-se a uma profunda “deturpação” no processo de concretização¹⁴⁶.

Apesar disso, o autor completa que, mesmo que o dispositivo contivesse um conteúdo de “painel decorativo”¹⁴⁷, tinha atuação muito eficiente no mundo real das relações de poder, tanto na retórica constitucionalista dos governantes quanto no discurso oposicionista de defesa dos valores constitucionais que eram ofendidos pelo governo - o que ele conclui ter uma ineficácia jurídica e, ao mesmo tempo, grande eficiência política¹⁴⁸.

Ainda a respeito disso, Souza Neto e Sarmento argumentam que na história brasileira sobram constituições e falta o constitucionalismo, pois a maioria delas não conseguiu limitar de forma eficaz a atuação dos governantes em favor dos direitos dos cidadãos¹⁴⁹. Mesmo assim, os autores entendem que a Constituição de 1824 já manifestava uma sensibilidade inicial em relação ao aspecto social, como o direito

¹⁴⁴ Gomes aponta que “Em primeiro lugar, aquilo que seja uma Constituição raramente fica claro. Em geral, aparecem atribuídas a ela expectativas de autonomia popular, de garantia de direitos e de controle do poder político, mas essas atribuições em geral encontram seu lugar no caldo já de apontamento dos desvios em face do que a Constituição deveria ser, não no contexto de uma definição do que ela é. Há, nesse sentido, uma falácia básica, que desde o início macula os raciocínios desenvolvidos: acusa-se um objeto de ineficácia, sem que se tenha anteriormente definido o que ele é e, com isso, o parâmetro de aferição para os efeitos que ele produz no mundo. Em outras palavras, acusa-se um objeto de não ser capaz de realizar-se no mundo conforme pretendido por ele mesmo, sem que se investiguem a fundo quais são as pretensões internas a esse objeto”. GOMES, David Francisco Lopes. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil**. 2016. p. 20.

¹⁴⁵ BECK, Colin J.; DRORI, Gili S.; MEYER, John W. World influences on human rights language in constitutions: A cross-national study. **International Sociology**, 2012, 27.4: 483-501.; HOLMES, Pablo; DANTAS, Maria Eduarda. A (More) Cosmopolitan Sociology of Constitutions: Marcelo Neves' Theory of Symbolic Constitutionalization. **Law as Passion: Systems Theory and Constitutional Theory in Peripheral Modernity**, 2021, 73-91.

¹⁴⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Nova edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 178.

¹⁴⁷ Ver: MADDEX, Robert L. **Constitutions of the World**. Routledge, 2014.

¹⁴⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2007, p. 180.

¹⁴⁹ MASSA PINTO, Ilénia, et al. Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della costituzione. In: **I diritti fondamentali in Europa**. Giuffrè, 2002. p. 605-626.

aos socorros públicos e à instrução primária gratuita¹⁵⁰. Streck apresenta tal Constituição como “puramente nominal, incapaz de disciplinar, coordenar, imperar, ideal teórico de uma realidade estranha à doutrina e rebelde à ideologia política importada”¹⁵¹.

Outras análises sobre o constitucionalismo no Brasil vão ao encontro das anteriores, como em “A história constitucional brasileira tem se caracterizado pela predominância de constituições inefetivas”¹⁵² e em “O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição (...)”¹⁵³, além de que “A experiência política e constitucional do Brasil, da Independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino”¹⁵⁴.

Em resumo, o que se vê na história do constitucionalismo brasileiro, ao menos em boa parte de seu início, é que não havia real comprometimento com um constitucionalismo nos termos em que foi apresentado no capítulo anterior deste trabalho¹⁵⁵. Defende-se que as características de modernidade tardia do país é que

¹⁵⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional** – Teoria, história e métodos de trabalho. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 97-98, 105.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 481.

¹⁵² NETO, Cláudio Pereira de Souza; LYNCH, Christian Edward Cyril. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. In: ROCHA, Cléa Carpi et al. (orgs.). **As constituições brasileiras**: notícia, história e análise crítica. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 25, nota de rodapé 2.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, p. 26. Destaques do original.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2003, p. 25.

¹⁵⁵ “With a few exceptions, all constitutions contain some common elements. From Magna Carta of 1215 to today, constitutional documents and traditions take the general form of a contract or an agreement between the ruled and the rulers. Limitations on the rulers are exacted by the ruled in exchange for allowing the rulers to preserve some elements of their right to govern and for preserving the stability of the governing system itself. Whether a constitution develops from the initial state of a strong central authority into a more decentralized one with checks and balances wrested by the subjects or citizens from their rulers, or whether it develops from a loosely knit decentralized confederation into a grant of sovereignty to a more centralized authority, it has the general elements of an agreement between those who govern and those who are governed”. MADDEX, Robert L. **Constitutions of the World**. Routledge, 2014, p. 10. Tradução Livre: “Com algumas exceções, todas as constituições contêm alguns elementos comuns. Desde a Carta Magna de 1215 até hoje, os documentos e tradições constitucionais assumem a forma geral de um contrato ou acordo entre os governados e os governantes. Limitações aos governantes são impostas pelos governados em troca de permitir que os governantes preservem alguns elementos de seu direito de governar e de preservar a estabilidade do próprio sistema de governo. Quer uma constituição se desenvolva do estado inicial de uma forte autoridade central para uma mais descentralizada, com freios e contrapesos arrancados pelos súditos ou cidadãos de seus governantes, quer se desenvolva de uma confederação descentralizada e

explicam esse movimento, levantando a necessidade de adaptação¹⁵⁶ da teoria da Constituição:

Por isso, é possível afirmar a validade da tese da Constituição dirigente (uma vez adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado). É necessário levar em conta, assim, das novas teses de Canotilho, as especificidades decorrentes de uma teoria da Constituição, e não de uma teoria geral da Constituição ou do constitucionalismo¹⁵⁷.

A Constituição de 1824 não foi exclusiva nesse fracasso, pelo que se passa a discutir as próximas constituições de forma breve, considerando que houve sete diferentes Constituições entre a de 1824 e a última, de 1988, e que tais dispositivos “nascem ou morrem a partir de momentos que marcam rupturas e necessidade de uma nova ordem política, econômica ou social”¹⁵⁸.

A próxima Constituição foi a de 1891, fruto do movimento de Proclamação da República, sobre a qual pode-se dizer que

foi um grande monumento, em termos ideológicos, à teoria liberal, consagrando a fórmula da separação de poderes – conforme a teoria de Montesquieu –, a renovação periódica da titularidade do poder – em substituição à sucessão dinástica de antanho –, um Estado Federal, outorgando ampla autonomia às antigas províncias,³² o regime presidencialista, à moda norte-americana, a laicização do ensino nos estabelecimentos públicos, a separação entre o Estado e a Igreja, e a figura jurídica do habeas corpus na defesa dos direitos individuais frente a ilegalidades e abuso de poder, que, na época, frente à inexistência do mandado de segurança, era o principal instrumento para a defesa de tais prerrogativas¹⁵⁹.

É também no escopo dessa primeira Constituição republicana que a titularidade dos direitos fundamentais é estendida aos estrangeiros que residem no país, além de criar um sistema rígido para as alterações constitucionais, que deveriam agora seguir procedimentos mais solenes¹⁶⁰. Outra inovação trazida pelo dispositivo

fracamente unida para uma concessão de soberania a um governo mais centralizado. autoridade, tem os elementos gerais de um acordo entre os que governam e os que são governados”.

¹⁵⁶ “Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma teoria da Constituição dirigente- compromissária adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 2014, p. 141.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 2014, p. 142.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constituição 30 anos: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/633535994/constituicao-30-anos-as-constituicoes-brasileiras-de-1824-a-1988>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹⁵⁹ FUHRMANN, Italo Roberto. História do Direito Constitucional Brasileiro–Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil. **Revista Jurídica Portucalense**, p. 101-130, 2018, p. 111.

¹⁶⁰ TSEBELIS, George. Constitutional rigidity matters: A veto players approach. **British Journal of Political Science**, 2022, v. 52, n. 1, p. 280-299.; LORENZ, Astrid. How to measure constitutional rigidity:

foi a abertura do catálogo de direitos e garantias, além de alteração no sistema eleitoral, no qual

foi instaurado um mecanismo de eleições para Presidente e Vice em dois turnos de votação, o primeiro por sufrágio direto, enquanto o segundo, caso não houvesse vencedor por maioria absoluta, eleito indiretamente pelo Congresso (art. 47, § 2.o). O vice-presidente também atuava como Presidente do Senado (art. 32)¹⁶¹.

Mesmo com os avanços em relação à primeira Constituição, os costumes políticos ainda criavam uma “conjuntura promíscua” para o movimento constitucionalista no país¹⁶², de forma que o dispositivo também não teve força normativa para coordenar o processo político-institucional, além da contínua falta de sintonia com as estruturas social, econômica e cultural¹⁶³. Como se viu antes, esse fator é importante para a força de uma Constituição.

Em 1934 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que introduziu o país ao já referido constitucionalismo social e incluiu originalmente o mandado de segurança, a ação popular e a Justiça do Trabalho¹⁶⁴. Além disso,

A ordem econômica, consoante o art. 115, deveria ser pautada pelos princípios da justiça, possibilitando a todos uma existência condigna; foi garantido o amparo à maternidade e à infância, incumbindo ao Poder Público a adoção de medidas legislativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis (art. 138); além de toda a produção legislativa na seara laboral decorrente dos preceitos estipulados no art. 121, como os referentes ao salário mínimo, à jornada máxima de oito horas de trabalho, ao repouso semanal, às férias anuais remuneradas, à indenização para o trabalhador pela dispensa sem justa causa, à assistência médica ao trabalhador e à gestante, e ao reconhecimento das convenções coletivas de trabalho¹⁶⁵.

A Constituição de 1934 foi a de menor tempo de duração, com apenas três anos de vigência, período com muita instabilidade política e sucessivas suspensões

four concepts and two alternatives. **Journal of Theoretical Politics**, 2005, v. 17, n. 3, p. 339-361.; ALBERT, Richard. Nonconstitutional amendments. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 2009, v. 22, n. 1, p. 5-47.

¹⁶¹ FUHRMANN, Italo Roberto. História do Direito Constitucional Brasileiro – Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil. 2018, p. 112.

¹⁶² LUTZ, Donald S. Thinking about constitutionalism at the start of the twenty-first century. **Publius: The Journal of Federalism**, 2000, v. 30, n. 4, p. 115-135.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2009.

¹⁶⁵ FUHRMANN, Italo Roberto. História do Direito Constitucional Brasileiro – Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil. 2018, p. 115.

das suas garantias. Com o Golpe e a chegada do Estado Novo, foi outorgada em 1937 a Carta que institui “constitucionalmente” a ditadura¹⁶⁶:

A Carta de 1937, ou simplesmente “A Polaca”, em referência à sua clara inspiração na Constituição da Polônia, de 23.04.1935, sob a auctoritas do Marechal Józef Pilsudski, fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, atribuindo a este uma intervenção mais ampla na elaboração das leis, com a possibilidade da expedição de decretos-leis; coarctou as competências do Parlamento nacional; outorgou ao Estado a função precípua de coordenador da economia nacional; assegurou os direitos e liberdades individuais, devendo ser exercidos nos limites do bem público; levou a cabo a nacionalização de determinadas atividades econômicas; e recrudescer a proteção aos trabalhadores¹⁶⁷.

Após a II Guerra Mundial, um novo espírito democrático pairava sobre o país e culminou na queda de Getúlio Vargas¹⁶⁸, inaugurando um regime democrático que perdurou 19 anos. Em 1946 foi aprovada a nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a primeira que prescindiu de um projeto pré-elaborado¹⁶⁹. No aspecto normativo, tinha grande semelhança com a primeira Constituição do país, prevendo a distribuição de poderes entre União, estados e municípios, além de traçar diretrizes gerais da ordem econômica e prever os direitos políticos e sociais¹⁷⁰, outorgando estabilidade no país em sua época, mesmo que também apresentasse várias falhas¹⁷¹.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 veio em um contexto de intervenção externa e divisão ideológica (esquerda e direita), onde o direito constitucional foi desenvolvido por autoritários majoritariamente conservadores que não garantiram a existência de mecanismos para a participação popular, resultando no que se segue:

Dentre suas disposições mais importantes estão a exacerbação do poder centralizado na União e na figura do Presidente da República; a eleição indireta para a escolha do Presidente da República por um colégio eleitoral composto por membros do Congresso Nacional e por delegados das assembleias legislativas dos Estados, para um mandato de seis anos; a redução da autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e

¹⁶⁶ D'ARAUJO, Maria Celina. **O Estado novo**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2000.

¹⁶⁷ FUHRMANN, Italo Roberto. *História do Direito Constitucional Brasileiro – Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil*. 2018, p. 117.

¹⁶⁸ MONTEIRO, Maria José Cyhlar. Trinta anos de queda. **AgroANALYSIS**, v. 18, n. 2, p. 26-27, 1998.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁷⁰ MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal of Constitutional Law**, 2003, v. 1, n. 1, p. 13-34.; FABRE, Cécile. **Social rights under the constitution: government and the decent life**. OUP Oxford, 2000.; BELLAMY, Richard. The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. **Political Studies**, 1996, v. 44, n. 3, p. 436-456.

¹⁷¹ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 172.

garantias constitucionais; a aprovação de leis por decurso de prazo, resquício do período autoritário do Estado Novo brasileiro; a prerrogativa do Presidente da República para expedir decretos-leis sobre segurança nacional e finanças públicas; e o recrudescimento do regime no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando, para fins de reforma agrária, a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública¹⁷².

Nesse período houve também a decretação do Ato Institucional 5 e o consequente recesso do Congresso Nacional¹⁷³. Tal dispositivo ditatorial previa, por exemplo, a possibilidade de suspensão de direitos políticos pelo Poder Executivo, bem como a possibilidade de o mesmo cassar mandatos eletivos e suspender *habeas corpus* no caso de crimes políticos¹⁷⁴. Após esse período, marcado por perseguição e violência, bem como inúmeros desacatos aos Direitos Humanos¹⁷⁵, a “ordem democrática se restaura num contexto de grave crise econômica, sobretudo inflacionária, mas num ambiente de esperança popular sem igual, depositada nos novos partidos políticos e líderes que despontavam para as futuras eleições que inaugurariam uma nova fase política e constitucional no Brasil”¹⁷⁶.

Por fim, após anos de transição do regime ditatorial em direção à abertura política, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 1988, estando vigente até os dias atuais. “Com efeito, a Constituição de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, por um duplo viés, tanto por seu processo de elaboração, quanto em função da experiência acumulada dos acontecimentos constitucionais pretéritos”¹⁷⁷.

2.2. PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

¹⁷² FUHRMANN, Italo Roberto. *História do Direito Constitucional Brasileiro – Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil*. 2018, p. 122.

¹⁷³ BOIX, Carles; SVOLIK, Milan W. The foundations of limited authoritarian government: Institutions, commitment, and power-sharing in dictatorships. *The Journal of Politics*, 2013, v. 75, n. 2, p. 300-316.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2009, p. 36-37.

¹⁷⁵ ZALAUQUETT, José. Confronting human rights violations committed by former governments: Applicable principles and political constraints. *Hamline L. Rev.*, 1990, v. 13, p. 623.

¹⁷⁶ FUHRMANN, Italo Roberto. *História do Direito Constitucional Brasileiro – Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil*. 2018, p. 123-124.

¹⁷⁷ FUHRMANN, Italo Roberto. *História do Direito Constitucional Brasileiro – Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil*. 2018, p. 126.

Após a grande variação no constitucionalismo brasileiro, brevemente resgatada no tópico anterior, a Constituição de 1988 estabeleceu que o ordenamento normativo deve respeitar o valor fundamental da dignidade humana¹⁷⁸, o que impede o retrocesso social e impõe a promoção do mínimo existencial¹⁷⁹, respeitando-se a reserva do possível do Estado¹⁸⁰, pelo que se afirma que “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”¹⁸¹. Em relação ao mínimo existencial, diz-se que

Gli interventi statali pretendono, in ultima analisi, di garantire a tutti i cittadini le condizioni minime per una vita degna. Il minimo esistenziale è imprescindibile, qualsiasi sia l'organizzazione sociale che sarà implementata (...) senza il minimo sociale, inteso come una situazione di pari opportunità, non esiste una fruizione effettiva dei diritti di libertà, come pure non consente qualsiasi giustizia distributiva. Il minimo esistenziale sociale costituirebbe, pertanto, secondo l'autore, la vera condizione di libertà¹⁸².

A Constituição Federal de 1988 está estruturada nos seguintes assuntos: (a) princípios fundamentais; (b) direitos e garantias fundamentais; (c) organização do Estado; (d) organização dos poderes; (e) defesa do Estado e das instituições

¹⁷⁸ “L'espressione <<dignità umana>> ricorre con una certa frequenza nei dibattiti di carattere politico, sociologico, filosofico o giuridico, quando si affrontano temi di bioetica, come anche quando si discute dello sviluppo di Paesi nei quali manca tutto ciò che occorre per una vita <<dignitosa>>, o di crimini contro l'umanità, di tutela della riservatezza, dell'onore, o della condizione di particolari categorie sociali, come i lavoratori, i detenuti o altre ancora”. MONACO, Giuseppe. La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative. **Politica del diritto**, n. 42, v. 1, p. 45-78, 2011, p. 45. Tradução Livre: “A expressão <<dignidade humana>> aparece com certa frequência em debates de natureza política, sociológica, filosófica ou jurídica, quando se abordam questões bioéticas, bem como quando se discute o desenvolvimento de países em que tudo o que é necessário para uma vida <<digna>>, ou de crimes contra a humanidade, de proteção da confidencialidade, da honra, ou da condição de determinadas categorias sociais, como trabalhadores, reclusos ou outros”.

¹⁷⁹ VIVALDI, Elena; GUALDINI, Annalisa. Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future. **Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future**, p. 115-151, 2013.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

¹⁸¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**, v. 177, p. 29-49, 1989, p. 29.

¹⁸² PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. I diritti fondamentali sociali a prestazioni e vincoli di bilancio della Costituzione brasiliana. **Revista da ESDM**, v. 1, n. 1, p. 29-64, 2015, n. p. Tradução Livre: “Em última análise, as intervenções do Estado visam garantir a todos os cidadãos as condições mínimas para uma vida digna. O mínimo existencial é essencial, qualquer que seja a organização social que se venha a implementar. (...) sem o mínimo social, entendido como situação de igualdade de oportunidades, não há fruição efetiva dos direitos de liberdade, assim como não permite qualquer justiça distributiva. Segundo o autor, o mínimo existencial ou social constituiria, portanto, a verdadeira condição da liberdade”.

democráticas¹⁸³; (f) tributação e orçamento¹⁸⁴; (g) ordem econômica e financeira¹⁸⁵; (h) ordem social¹⁸⁶; e (i) disposições gerais.

Os princípios constitucionais fundamentais “visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”¹⁸⁷, de forma que os artigos que os consagram “constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”¹⁸⁸. A análise de tais princípios na Constituição de 1988 traz a seguinte divisão:

- princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º);
- princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: República e separação dos poderes (arts. 1º e 2º);
- princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I);
- princípios relativos ao regime político: princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direla (art. 1º, parágrafo único);
- princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV);
- princípios relativos à comunidade internacional: da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e da integração da América Latina (art. 4º)¹⁸⁹.

Os direitos¹⁹⁰ e as garantias fundamentais têm diferença entre si, uma vez que os primeiros são “os privilégios concedidos aos indivíduos” e as garantias são “os

¹⁸³ MAINWARING, Scott, et al. (ed.). **Building democratic institutions: Party systems in Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

¹⁸⁴ ACKERMAN, Bruce. Taxation and the Constitution. **Colum. L. Rev.**, 1999, v. 99, p. 1.

¹⁸⁵ COMPARATO, Fabio Konder. The economic order in the Brazilian constitution of 1988. **The American Journal of Comparative Law**, 1990, n. 38, v. 4: p. 753-771.

¹⁸⁶ Ver CAPOZZI, Eugenio, et al. **Il sogno di una costituzione. Giuseppe Maranini e l'Italia del Novecento**. Rubbettino, 2008.

¹⁸⁷ CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1986, p. 117.

¹⁸⁸ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 66.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, v. 6, n. 4, p. 17-22, 1994, p. 20.

¹⁹⁰ “Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem, nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se

preceitos que viabilizam tais direitos”¹⁹¹. Os direitos e garantias subdividem-se em cinco capítulos, que tratam: dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade¹⁹², dos direitos políticos e dos partidos políticos¹⁹³. Vale ressaltar que essa lista não exclui outros direitos e garantias¹⁹⁴ e que os mesmos, segundo previsão constitucional, têm aplicabilidade imediata¹⁹⁵.

Em relação à organização do Estado¹⁹⁶, a CF/88 prevê a autonomia do Estado-membro e seu poder de auto-organização, as limitações impostas a essa auto-organização e, ainda, a repartição de competências e o regime de competência concorrente¹⁹⁷. A organização dos poderes consiste em uma repartição das funções estatais básicas, atribuídas a órgãos independentes e especializados. Através de sua Constituição Federal de 1998, o Estado Brasileiro define a existência de 3 poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo¹⁹⁸, o Executivo¹⁹⁹ e o Judiciário²⁰⁰. Esta não é a primeira Constituição do país a realizar a divisão dos poderes deste modo. Após a Constituição de 1824, que trazia a pessoa do imperador como inviolável

ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante”. BULUS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 69.

¹⁹¹ ABREU, Neide Maria Carvalho. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, 2007, n. p.

¹⁹² DARIAN-SMITH, Eve. The constitution of identity: new modalities of nationality, citizenship, belonging and being. **The handbook of law and society**, 2015, p. 351-366.

¹⁹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

¹⁹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 2016, Art. 5º, II.

¹⁹⁵ MATOS, Marilene Carneiro. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata. **Brasília, E-Legis**, n. 8, p. 66-81, 2016.

¹⁹⁶ Há extensa literatura relacionada ao tema, em que cita-se: FERRAZ, A.C.C. **Poder Constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.; HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro: doutrina, jurisprudência, evolução**. Gráficos Santa Maria, 1964.; e DORIA, Antônio de Sampaio. **Direito Constitucional**, 3a ed., São Paulo, Nacional, 1953.

¹⁹⁷ FERREIRA FILHO, M. G. O Estado Federal Brasileiro à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. I.], v. 86, p. 116-129, 1991. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67158>. Acesso em: 18 jan. 2023.

¹⁹⁸ LITTLE, Thomas H.; OGLE, David B. **The legislative branch of state government: people, process, and politics**. ABC-CLIO, 2006.; BROWNELL JR, Herbert. Separation of Powers: Executive and Legislative Branches. **Dick. L. Rev.**, 1955, 60: 1.

¹⁹⁹ MORRISON, Trevor W. Constitutional Avoidance in the Executive branch. **Colum. L. Rev.**, 2006, v. 106, p. 1189.; MATSUSAKA, John G. Direct democracy and the executive branch. **Direct democracy's impact on American political institutions**, 2008, p. 115-135.; BROWNELL JR, Herbert. Separation of Powers: Executive and Legislative Branches, 1955.

²⁰⁰ DURHAM, Christine M. The Judicial Branch in State Government: Parables of Law, Politics, and Power. **NYUL Rev.**, 2001, v. 76, p. 1601.

e sagrada, não a sujeitando a responsabilidade alguma²⁰¹, os demais diplomas legais introduzidos no país começam a consolidar poderes harmônicos e limitados, uns pelos outros.

É importante destacar que, em que pese a existência destes poderes nas esferas municipais, estaduais e federais, a análise se concentrará apenas no enfoque federal, que corresponde ao de maior grau de poder relativo (quando comparado aos demais), bem como abarca as atividades regulatórias de maior importância e relevância social²⁰².

A esses poderes competências diversas e de certo modo complementares foram atribuídas. De tal sorte que ocorra especialização nestas competências sem que sejam concentradas atribuições em um dos poderes tornando-o maior que os demais²⁰³. Ao legislativo, composto da câmara dos deputados e do senado federal, compete, segundo disposto no título IV do texto constitucional, dispor sobre as matérias de competência da União em diversas áreas, podendo fazê-lo através de emendas à Constituição, leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, resoluções e decretos legislativos, cada forma com rito de aprovação previsto também no texto constitucional. De outra forma, ao legislativo compete “a criação de leis gerais aptas a inovar na ordem jurídica, instituindo, extinguindo ou modificando direitos e deveres”²⁰⁴.

Ainda relacionado ao poder exercido pelo Legislativo, é importante destacar que este também possui a capacidade de fiscalização das atividades²⁰⁵, em especial do Executivo, através dos Tribunais de Contas, que desempenham relevante papel na fiscalização da aplicação de recursos e, como consequência, no combate à ingerência destes recursos, muitas vezes relacionados à corrupção²⁰⁶. Esta prerrogativa está prevista no texto constitucional, nos artigos 70 e 71 do diploma legal.

²⁰¹ ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 55, n. 217, p. 203-221, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p203>. Acesso: 18 de ago de 2022.

²⁰² ALTHOUSE, Ann. How to Build a Separate Sphere: Federal Courts and State Power. **Harvard Law Review**, 1987, v. 100, n. 7, p. 1485-1538.

²⁰³ COOTER, Robert D. The strategic constitution. In: **The Strategic Constitution**. Princeton university press, 2020.

²⁰⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019, p. 123.

²⁰⁵ STAPENHURST, Rick (ed.). **Legislative oversight and budgeting: A world perspective**. World Bank Publications, 2008.

²⁰⁶ SPECK, Bruno Wilhelm. Tribunais de Contas. **Revista Gestão e Controle**, n. 1, p. 211-219, 2013.

Ao Judiciário compete o controle da legalidade²⁰⁷, isto é, a atividade jurisdicional, atuando em complementariedade ao poder legislativo com a aplicação da lei ao caso concreto sempre em função de um conflito de interesses, isto é, atua de forma passiva, sendo acionado conforme algum agente sinta-se lesado pela não correspondência de outro agente a aquilo que deveria ser feito²⁰⁸, para o “restabelecimento da norma jurídica”²⁰⁹.

Por fim, ao Executivo compete a função de menor abstração dentre os 3 poderes, a ele ficam relacionados o efetivo cumprimento dos deveres do estado para com seus cidadãos, como o oferecimento dos serviços públicos (saúde, educação, infraestrutura, segurança). Tal poder operacionaliza aquilo que foi definido pelo legislativo como obrigação do Estado. Em outros termos, a esse Poder cabe “um labor concreto voltado à efetivação da legislação, por atos técnico-administrativos e gerenciais infralegais”²¹⁰.

É importante destacar que, para além das funções típicas delegadas a estes poderes, existem também as funções atípicas, que são competências vinculadas de forma mais expressiva a outros ramos, mas que são realizadas nos demais poderes em grau menor de relevância face a sua atividade principal²¹¹. Essa atipicidade de funções ocorre porque a ideia de funções estanques não correspondia aos ideais de Estado democrático de direito²¹².

Neste sentido, notam-se funções atípicas nos poderes com os seguintes destaques:

- i) Poder Legislativo: possui como funções atípicas tanto funções executivas como jurisdicionais, a primeira e mais simples diz respeito a sua estrutura própria, como preenchimento de seus cargos, concessões de férias, licenças,

²⁰⁷ BRAND-BALLARD, Jeffrey. **Limits of legality: the ethics of lawless judging**. Oxford University Press, 2010.

²⁰⁸ GODINHO, Isabella Oliveira; ANDRADE, Rebeca Barbosa. Judicialização e ativismo judicial: o comportamento do Poder Judiciário. *In: Entre a crítica e a defesa da legitimidade da jurisdição constitucional: I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*. Initia Via Editora, 2015. p. 109.

²⁰⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019, p. 123.

²¹⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019, p. 123.

²¹¹ FAVORETTO ROCHA, Daniel. New Perspective of the Separation of Powers by the Spherical Tripartition Theory. **Available at SSRN 2963315**, 2017.

²¹² MENDES, Allander Caçula. **Funções atípicas da justiça eleitoral: instrumento de efetivação da democracia**. 2006. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

em síntese, atos de gestão própria que independem de determinação do poder executivo, já na função jurisdicional, fala-se da competência própria de julgar o presidente da república, que compete ao senado federal²¹³;

ii) Poder Judiciário: exerce também funções das duas outras naturezas, sendo a função legislativa correspondente a capacidade que o poder tem de estabelecer suas regras e regimentos internos, que compete aos Tribunais do Judiciário exercê-las, já a sua função executiva, assim como o poder Legislativo, corresponde a organização interna, sua capacidade de contratar servidores, conceder licenças e férias entre outras atividades típicas do poder executivo²¹⁴.

iii) Poder Executivo: por fim, mas não diferente dos demais, o poder Executivo exerce funções atípicas tanto de natureza jurisdicional quanto de natureza legislativa, porém, diferente de como ocorre no judiciário, a natureza atípica legislativa não se limita a organização interna, vai além, com a capacidade de legislar com o uso de medidas provisórias, bem como a interferência no próprio processo legislativo previsto ao poder específico, podendo ter a iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação. Já no âmbito jurisdicional, o poder se limita ao contencioso administrativo, que representa o julgamento de recursos levados a administração pública²¹⁵.

A defesa do Estado e das instituições democráticas conta com mecanismos trazidos pelo dispositivo constitucional. Resumidamente, a Constituição menciona o

²¹³ GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2008.

²¹⁴ GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2008

²¹⁵ GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2008

estado de defesa²¹⁶ e o estado de sítio²¹⁷, cuja titularidade para decretação, satisfeitas as formalidades necessárias, é do Presidente da República. Tais dispositivos decorrem da necessidade de, por vezes e temporariamente, o Estado necessitar substituir o sistema de legalidade ordinárias pelo de legalidade extraordinária²¹⁸.

Em relação à ordem econômica e financeira, seu ingresso como matéria das Constituições coincidiu com o declínio do liberalismo econômico e a ascensão de formas não liberais de intervenção e do dirigismo econômico²¹⁹. Na Constituição vigente no Brasil, a matéria de ordem econômica e financeira se desdobra em: princípios gerais da atividade econômica; política urbana; política agrícola e fundiária da reforma agrária; e sistema financeiro nacional²²⁰.

Por fim, na ordem social, a CF/88 inclui os temas: “Seguridade Social, a Saúde, a Previdência Social, a Assistência Social, a Educação, Cultura e Desporto, a Ciência e Tecnologia, a Comunicação Social, o Meio Ambiente, a Família, Criança, Adolescente, Idoso e os Índios, com ampliação da matéria”²²¹.

2.3. BREVE HISTÓRICO DA REGULAÇÃO NO BRASIL

A história da regulação no Brasil e no mundo tem como fundamento dois processos históricos que envolvem o nível de importância e responsabilização do Estado. Inicialmente, desde as graves crises ocorridas no primeiro pós-guerra,

²¹⁶ “Trata-se o *estado de defesa*, consoante hospedado no sistema em curso, de mecanismo de extração constitucional consistente na adoção de medidas excepcionais que importam em restrições a direitos, ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, além da possibilidade de prisão por crime contra o Estado, na ocorrência de hipóteses a que se refere o art. 136, *caput*, da **Lex Fundamental**”,¹¹ visando a defesa do estado e das instituições democráticas”. MORAES, Humberto Pena de. Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988. Estado de defesa e estado de sítio. **Revista EMERJ**, n. 23, 2003, p. 201.

²¹⁷ “Agasalhado no Título V do ordenamento em vigor, junto ao estado de defesa, consiste o *estado de sítio* no emprego de medidas excepcionais que resultam em suspensão temporária de *garantias constitucionais*, na ocorrência de hipóteses a que se refere o art. 137, *caput*, da Lei Fundamental, visando a defesa do Estado e das instituições democrática”. MORAES, Humberto Pena de. Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988. 2003, p. 207-208.

²¹⁸ MORAES, Humberto Pena de. Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988. 2003, p. 216.

²¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

²²⁰ MACHADO HORTA, Raul. Constituição e ordem econômica e financeira. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 72, p. 7, 1991, p. 20.

²²¹ MACHADO HORTA, Raul. Constituição e ordem econômica e financeira. 1991, p. 14.

observou-se o ganho de importância que a administração pública foi obtendo ao longo do tempo²²². Isso se dá tanto pela maior valorização das atividades que já eram de responsabilidade da administração pública quanto pela necessidade do desempenho de atividades para satisfazer os direitos fundamentais da segunda geração²²³:

“The political belief that the state could ought to play a key role in the redistribution of wealth and that the public sector was the superior provider of social services was the ideological framework for the emergence of an extensive and widely renowned welfare state”.

Essa transição do papel do Estado é típica dos países²²⁴, conforme evoluem em seu estágio de desenvolvimento, saindo do Estado executor para o Estado regulador, cujos conceitos operacionais são os seguintes:

Estado regulador: a primeira forma de atuação do ente público no domínio econômico se dá por meio da regulação das atividades exercidas pelos particulares. Neste contexto, atua definindo normas de atuação, reprimindo o abuso do poder econômico e fiscalizando as atividades exercidas pelos particulares com finalidade lucrativa, como forma de evitar distorções do sistema.

Estado executor: trata-se da segunda forma de atuação do Estado que, em casos excepcionais, pode explorar diretamente atividades econômicas. Com efeito, o ente estatal deixa a posição de controlador da atividade dos particulares para se inserir no mercado como executor direto da atividade do segundo setor²²⁵.

Nessa mudança, com vistas à modernização, começa-se a pensar mais no financiamento de infraestrutura, o que abrange as concessões, privatizações e parcerias de modo geral²²⁶. Antes disso, principalmente o processo de estatização vem de situações em que o mercado não é capaz de atender a uma dada necessidade ou meta coletiva²²⁷, de forma que as empresas públicas são legitimamente criadas para preencher lacunas estratégicas na estrutura industrial que não poderiam ou

²²² SAYRE, Wallace S. Premises of public administration: Past and emerging. **Public Administration Review**, 1958, v. 18, n. 2, p. 102-105.; MILLETT, John D. Post-War Trends in Public Administration in the United States. **The Journal of Politics**, 1949, v. 11, n. 4, p. 736-747.; PIERRE, Jon. 7. Governing the welfare state: public administration, the state and society. **Bureaucracy in the modern state: An introduction to comparative public administration**, 1995, 140.

²²³ PIERRE, Jon. 7. Governing the welfare state: public administration, the state and society. 1995, p. 140.

²²⁴ MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. In: **The State in Western Europe Retreat or Redefinition?**. Routledge, 2019. p. 77-101.

²²⁵ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Editora JusPodivm, 2017. p. 1185.

²²⁶ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, a. 36, n. 141, 1999. p. 143.

²²⁷ SINCLAIR, Timothy J. Between state and market: Hegemony and institutions of collective action under conditions of international capital mobility. **Policy sciences**, 1994, v. 27, n. 4, p. 447-466.

deveriam ser ocupadas por empresas privadas²²⁸. Tais empresas estatais também surgiram para evitar a desnacionalização de setores econômicos estratégicos²²⁹ ou como alternativas para importações onerosas, fatores que poderiam implicar indesejável dependência de fatores externos e que poderiam comprometer em algum momento o desenvolvimento do país²³⁰.

De acordo com os planos da época, o Estado seria responsável pelo desenvolvimento da estrutura viária, do setor energético, da indústria de base e da infraestrutura essencial à industrialização²³¹. No Brasil, tal política foi colocada em prática por volta do final da década de 50, levando à criação de grandes empresas estatais, principalmente na siderurgia. Essa atuação passou a ser mais notada na década de 70, com estudos iniciais favoráveis à grande atuação do Estado na economia, uma vez que dava suporte ao desenvolvimento econômico. Inclusive, o setor privado via tal participação como benéfica, em uma relação que só trazia ganhos²³².

No entanto, a partir do surgimento de sinais de recessão, em 1975²³³, o setor privado começou a criticar a presença estatal. Isso ocorreu por conta da estratégia que o Estado utilizou para contrabalançar a recessão, que se baseava principalmente no processo de substituição de importações²³⁴ para bens de capital e insumos

²²⁸ HEMMING, Mr Richard; MANSOOR, Mr Ali M. **Privatization and public enterprises**. International Monetary Fund, 1998.; SAURIN, V.; PEREIRA, B. A. D. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. **Revista de Ciências da Administração**, v. 0, n. 1, p. 43-59, 1998.

²²⁹ SASSEN, Saskia. Globalization or denationalization?. **Review of International Political Economy**, n. 10, v. 1, p. 1–22, 2003.

²³⁰ ABRANCHES, Sergio Henrique. **State enterprise and modes of privatization: a critical view based on brazilian examples**. IUPERJ: Rio de Janeiro, p. 4-5, 1984.

²³¹ MOURUGANE, A.; PISU, M. Promoting Infrastructure Development in Brazil. **OECD Economics Department Working Papers**, n. 898. OECD Publishing, Paris, 2011.

²³² SAURIN, V.; PEREIRA, B. A. D. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. 1998, p. 44.

²³³ MORK, Knut Anton; HALL, Robert E. Energy prices, inflation, and recession, 1974-1975. **The Energy Journal**, 1980, 1.3.

²³⁴ "(...) entende-se por substituição de importações simplesmente o fato de o país começar a produzir internamente o que antes importava, o que ocorrera no Brasil com certa expressão na República Velha. O que usualmente denomina-se PSI, todavia, supõe mais que isto: que a liderança do crescimento econômico repouse no setor industrial, que este seja responsável pela dinâmica da economia, ou seja, que crescentemente seja responsável pela determinação dos níveis de renda e de emprego". FONSECA, Pedro Cezar Dutra. O processo de substituição de importações. In: REGO, José Márcio; MARQUES, Rosa Maria [org.]. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

básicos²³⁵. Nesse esquema, a produção de bens de capital estava sob responsabilidade de empresas estrangeiras, enquanto a expansão da produção de insumos básicos era feita pelas empresas estatais, de maneira individual ou em associação com o capital estrangeiro²³⁶.

Como exemplo dessa estratégia, o II Plano Nacional de Desenvolvimento²³⁷ baseava-se no desenvolvimento da indústria de bens de capital e insumos básicos, que seriam implementadas através de “joint ventures”²³⁸ entre as empresas estatais produtivas e o capital estrangeiro²³⁹. O setor privado, que se sentiu prejudicado com esse novo formato, passou a pressionar contra o novo relacionamento entre as forças econômicas (Estado e empresas estrangeiras)²⁴⁰.

Com o passar do tempo, foi observada a dificuldade em ter no Estado a responsabilidade pela execução de tantas tarefas, inclusive a prestação de inúmeros serviços, ocasionando gradualmente a alteração citada anteriormente²⁴¹. Essa transição se formou no Estado, em si, como comenta Mattos²⁴²:

Essa burocracia teria se constituído centrada no próprio Estado e nas forças que se articularam em seu interior; um Estado que se modernizou ao longo

²³⁵ SAURIN, V.; PEREIRA, B. A. D. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. 1998, p. 44.

²³⁶ BRUTON, Henry. Import substitution. **Handbook of development economics**, 1989, 2: 1601-1644.

²³⁷ Ver mais em: ABREU, Alzira Alves. Plano Nacional de Desenvolvimento (PND). FGV, CPDOC, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/plano-nacional-de-desenvolvimento-pnd>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²³⁸ “Os contratos de Joint Venture constituem, atualmente, um modelo de contratação realizada a níveis nacional e internacional, pelo qual distintas pessoas jurídicas mutuamente esforçam-se em para erigir um empreendimento de cunho comum. Em um primeiro momento, estas empresas visavam entrar em mercados mais difíceis, mas, atualmente, é um elemento firme para se atingir um fim, de ambas as partes, com a eficiência dos processos produtivos, perseguindo uma nova tecnologia, bem como amainando riscos sempre existentes de uma internacionalização”. RONQUIM FILHO, Adhemar. Aspectos Gerais e Jurídicos Das Joint Ventures no Brasil e Sua Importância Para a Internacionalização Das Empresas. **Revista 178 [online]**, 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-comercial/aspectos-gerais-e-juridicos-das-joint-ventures-no-brasil-e-sua-importancia-para-a-internacionalizacao-das-empresas/#_ftn3. Acesso em: 07 dez. 2021.

²³⁹ COUTINHO, Luciano G. O setor produtivo estatal: autonomia e limites. **Ensaio de Opinião**, São Paulo, p.33, s.d..

²⁴⁰ CHAUDHRY, Kiren Aziz. Economic liberalization and the lineages of the rentier state. **Comparative Politics**, 1994, 1-25.

²⁴¹ TAYLOR-GOODY, Peter; TAYLOR-GOODY, Peter. **The double crisis of the welfare state**. Palgrave Macmillan UK, 2013.; MATSAGANIS, Manos. The welfare state and the crisis: the case of Greece. **Journal of European Social Policy**, 2011, v. 21, n. 5, p. 501-512.; RUEDA, David. Dualization, crisis and the welfare state. **Socio-Economic Review**, 2014, v. 12, n. 2, p. 381-407.

²⁴² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. **Novos Estudos**, n. 76. CEBRAP, 2016, p. 139-156. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/LBhmSzWzZXByZK7P5bkMRFg/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 01 dez. 2021. p. 47.

do tempo, adotando sofisticadas técnicas administrativas de regulação da economia. Esse seria um modelo de Estado regulador, organizado na forma de uma burocracia pouco permeável às demandas da “sociedade civil”.

O autor cita a importância do entendimento de que o Estado regulador se institucionalizou aqui de forma que conduziu à prevalência de um tecnocratismo, por meio do qual se assume que “questões técnicas” não implicam “questões políticas”²⁴³. Esse componente técnico dos governos, especialmente na estrutura do Executivo, destina-se “a auxiliar e servir à política na definição dos meios para que sejam atingidos os fins que ela seleciona, garantindo o funcionamento da máquina estatal em articulação com as sociedades complexas, todavia sem dominar as decisões”²⁴⁴.

Ao discutir sobre a formação desse Estado, Furtado²⁴⁵ compreende que ele seja uma arena de circulação de poder político nos quais grupos de interesse se articulam na definição do conteúdo da regulação, contrário ao pensamento de que o Estado seria a síntese do interesse nacional²⁴⁶.

O debate entre intervencionistas e liberais²⁴⁷ ganha destaque na seara que traz a regulação, sendo que as características do Estado regulador e o seu controle pelo Poder Judiciário têm seus antecedentes na década de 1930 no país²⁴⁸. Pacheco mostra a diferença entre o foco da discussão que a origina entre os Estados Unidos da América e o Brasil:

Assim, interessa notar que, no caso americano, o debate se travou sobre mais ou menos Estado, enquanto no Brasil a criação das agências reguladoras independentes remete ao debate sobre mais ou menos governo

²⁴³ Ver: WILSON, W. The study of administration. *Political Science Quarterly*, v.2, n.1, 197- 222, 1887.

²⁴⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019. Tese de Doutorado. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. Em dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia–UNIPG, p. 291.

²⁴⁵ FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 3a ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, pp.175-85.

²⁴⁶ Há vários estudos nesse sentido, um exemplo está em: PEDERSEN, Helene Helboe; BINDERKRANTZ, Anne Skorkjær; CHRISTIANSEN, Peter Munk. Lobbying across arenas: Interest group involvement in the legislative process in Denmark. *Legislative Studies Quarterly*, 2014, v. 39, n. 2, p. 199-225.

²⁴⁷ FISS, Owen M. **Liberalism divided: Freedom of speech and the many uses of state power**. Routledge, 2018.

²⁴⁸ CAMARA, Jacintho Arruda; GASPARI, Filipe Natal. Raízes da regulação no Brasil. *Revista de Direito da Administração Pública*, v.1, n.1, jan/jun, 2019, p. 108.

(ou mais ou menos política) e ainda sobre mais ou menos burocracia (e controles burocráticos).²⁴⁹

A reforma do Estado no Brasil, entre outras transformações, deu origem ao programa de privatizações, iniciado com o Programa Nacional de Privatizações (Lei nº 8.031/90), que transferiu a prestação de muitos serviços públicos ao setor privado através de concessões, permissões e delegações em geral²⁵⁰.

Vieira²⁵¹ refere que as alterações transicionais para o novo Estado tiveram início por volta do mandato de Fernando Henrique Cardoso e, no início de seu mandato, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva estava diante de uma enorme mudança legislativa e constitucional que deu suporte às reformas de Fernando Henrique. Mattos²⁵² traz que essa política de substituição do Estado planejador desenvolvimentista por um *novo* Estado regulador parece “ter suas bases na interpretação que o próprio Fernando Henrique Cardoso teria do Brasil, ao lado de outros intelectuais que seguiram a mesma linha de diagnóstico”.

Como características do novo Estado regulador, aponta-se: criação de agências reguladoras independentes²⁵³; privatização de empresas estatais²⁵⁴;

²⁴⁹ PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 523-43, 2006, p. 525.

²⁵⁰ KAWAHALA, Erica de Angelis. **Os atos das agências reguladoras**: aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 158, 2020.

²⁵¹ VIEIRA, Rejane Esther. O Estado regulador e a gestão pública no Brasil. **Revista Atualidades Jurídicas**, ano 5, n. 5. Faculdade de Educação São Luís: 2009.

²⁵² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do Estado regulador**. CEBRAP, 2016, p. 151

²⁵³ THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. **West european politics**, 2002, v. 25, n. 1, p. 125-147.

²⁵⁴ “Privatization is a common process the world over. This process is part of a wider concept known as New Public Management, which aims to improve the efficiency and effectiveness of the public sector by the introduction of a set of initiatives that have different emphases according to the geographical area. These initiatives are directed towards the reduction of the size of the public sector through the sale of state-owned companies, the externalization of public services, private finance initiatives and the reduction of public deficit and debt, as well as the implementation of private management tools and value for money audits. The privatization process has been encouraged by the requirements, of the World Bank and the International Monetary Fund, for developing countries to privatize state-owned companies if they want to receive grants to finance their economic adjustment programmes. Other reasons promoting privatization processes include the liberalization of international trade (GATT agreement of 1993) and the emerging economies that have increased competition in the framework of world economy globalization”. ANTONIO GONZALO, José; PINA, Vicente; TORRES, Lourdes. Objectives, Techniques and valuation of state-owned companies in privatization processes. **Public Management Review**, 2003, v. 5, n. 2, p. 177-196, p. 178. Tradução Livre: “A privatização é um processo comum em todo o mundo. Este processo insere-se num conceito mais amplo conhecido como Nova Gestão Pública, que visa melhorar a eficiência e a eficácia do setor público através da introdução de um conjunto de iniciativas com diferentes ênfases consoante a área geográfica. Estas iniciativas visam a redução da dimensão do setor público através da venda de empresas estatais, a externalização dos serviços públicos, as iniciativas de financiamento privado e a redução do défice e

terceirização de funções administrativas do Estado; regulação da economia segundo técnicas administrativas do Estado; e regulação da economia. Essa regulação da economia se dá por meio de técnicas administrativas de defesa da concorrência e correção das chamadas “falhas de mercado”²⁵⁵.

Assim, essas novas técnicas de regulação, que ensejaram a criação de uma burocracia estatal centralizada no modelo de agências reguladoras independentes, marcou uma redefinição dos canais de circulação de poder político para a formulação de políticas públicas para setores estratégicos da economia - telecomunicações, energia elétrica, gás e petróleo, transportes, saneamento, saúde, seguros e etc²⁵⁶.

Partindo desse processo de discussão e estruturação, as agências reguladoras federais foram criadas a partir de 1996, tendo como inspiração a experiência internacional, como entes públicos dotados de independência em relação ao Poder Executivo²⁵⁷. A primeira agência criada em território nacional foi a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)²⁵⁸, setor que já apresentava, em âmbito internacional, expressivos resultados da atividade reguladora, com países como Chile, Jamaica, Filipinas, Reino Unido e Argentina, ainda nos anos de 1994, tendo conseguido, através da regulação, tornar o setor mais propício a prosperar através de

da dívida pública, bem como a implementação de instrumentos de gestão privada e auditorias de custo-benefício. O processo de privatização foi incentivado pelas exigências do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional para que os países em desenvolvimento privatizem empresas estatais se quiserem receber doações para financiar seus programas de ajuste econômico. Outras razões que favorecem os processos de privatização incluem a liberalização do comércio internacional (acordo do GATT de 1993) e as economias emergentes que aumentaram a concorrência no quadro da globalização da economia mundial”.

²⁵⁵ PINOTTI, Paolo. Trust, regulation and market failures. **Review of Economics and Statistics**, 2012, v. 94, n. 3, p. 650-658.; NOLL, Roger G. Economic perspectives on the politics of regulation. **Handbook of industrial organization**, 1989, 2: p. 1253-1287.

²⁵⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do Estado regulador**. CEBRAP, 2016, p. 151.

²⁵⁷ BIANCULLI, Andrea C.; FERNÁNDEZ-I-MARÍN, Xavier; JORDANA, Jacint. The world of regulatory agencies: Institutional varieties and administrative traditions. In: **EPSA 2013 annual general conference paper**, 2013.; JORDANA, Jacint; FERNÁNDEZ-I-MARÍN, Xavier; BIANCULLI, Andrea C. Agency proliferation and the globalization of the regulatory state: Introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies. **Regulation & Governance**, 2018, 12.4: 524-540.; MAGAT, Wesley; KRUPNICK, Alan J.; HARRINGTON, Winston. **Rules in the making: A statistical analysis of regulatory agency behavior**. RFF Press, 2013.; GILARDI, Fabrizio. The institutional foundations of regulatory capitalism: the diffusion of independent regulatory agencies in Western Europe. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, 2005, 598.1: 84-101.

²⁵⁸ MESQUITA, Alvaro in: MESQUITA, Augusto Pereira. **O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro** - Problemas e soluções. Senado Federal. 2005, p. 25

um modelo menos flexível, resultando em um aumento dos investimentos de longo prazo²⁵⁹.

O desenho dessa independência foi questionado na mudança de presidente (Fernando Henrique para Luís Inácio), de forma que em 2004 foi encaminhado projeto de lei ao Congresso propondo importantes alterações no modelo inicial, uniformizando mais ainda o desenho das agências reguladoras existentes²⁶⁰.

Em maior parte dos setores de infraestrutura, a criação das agências para fiscalizar e regular os novos agentes privados se deu após a privatização, com exceção para o setor de telecomunicações, que teve a criação do marco regulatório e da agência antes da privatização. Assim, foi motivo de crítica o fato de o marco regulatório ter sido pensado apenas depois da execução das privatizações, uma vez que o primeiro assegura a melhor execução da segunda²⁶¹.

O primeiro projeto de criação de uma agência reguladora se deu no setor de energia elétrica, com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, um projeto enviado pelo Executivo Federal ao Congresso Nacional ao final de 1995, sob a forma de autarquia convencional, ou seja, sem autonomia decisória nem outros requisitos estruturais e procedimentais que caracterizam as agências reguladoras. Logo, coube ao Congresso fazer o questionamento sobre esse modelo proposto em contraste com o modelo internacional, forçando o Executivo a avançar nesses pontos, no que conclui Pacheco²⁶²:

Assim, apesar de a iniciativa da lei ter sido do Poder Executivo, poderíamos considerar que coube ao Poder Legislativo trazer para a agenda a discussão do grau de autonomia desejável para os novos entes reguladores.

O Conselho da Reforma do Estado, órgão de assessoria do presidente da República, formado por intelectuais e notáveis, também teve papel importante, pois sua primeira resolução sugeria critérios e princípios a serem adotados pelo marco

²⁵⁹ LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 10, n. 2, p. 201-246, 1994.

²⁶⁰ PACHECO, Regina Sílvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 523-43, 2006, p. 525.

²⁶¹ PACHECO, Regina Sílvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. 2016, p. 527.

²⁶² PACHECO, Regina Sílvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. 2016, p. 528.

regulatório e para a criação das novas entidades, de forma que dispusessem os reguladores de autonomia e independência decisória por meio de mandatos fixos para os dirigentes, não coincidentes com os mandatos do executivo; a decisão colegiada ser precedida por ampla e prévia consulta pública sobre as normas a serem editadas, junto ao setor regulado e aos usuários; a agilidade processual; o estabelecimento de níveis desejáveis de prestação do serviço²⁶³. Assim, as principais salas de debate se deram fora da burocracia do Executivo, passando pelo legislativo e assessores externos.

No caso das telecomunicações, que foi exceção em relação à ordem de criação (privatizações depois do marco regulatório), apresentou-se como protagonista o Ministro das Comunicações na época (a partir de 1995), Sérgio Motta, que desenhou a agência reguladora a partir de estudos sobre a experiência internacional²⁶⁴, tendo inclusive buscado formas de conhecer o que havia de melhor no mundo em termos de legislação e modelos institucionais referentes às telecomunicações²⁶⁵.

Tendo o debate se estendido por algum tempo, a Aneel foi criada no fim de 1996, com o formato internacional: autonomia financeira e dos dirigentes. As demais agências criadas incorporaram essas características desde seus projetos iniciais. Caso peculiar é o da Agência Nacional do Cinema - Ancine, definida como “órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica”, pois suas atribuições não são de todo regulatórias, mas mais de fomento. Portanto, o formato de agência reguladora não é de todo justificável na instituição, de forma que foi a única a ser estabelecida por meio de Medida Provisória²⁶⁶.

Após esse processo, passou-se a discutir sobre a regulação a partir de 1998-1999, com ênfase inicial às áreas de infraestrutura e aspectos econômicos da regulação: características do setor, instrumentos da regulação, mecanismos tarifários, entre outros. Mais recentemente, começou-se a analisar também os

²⁶³ ABRANCHES, S. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 2, p. 19-49, 1999.

²⁶⁴ PRADO, Mariana Mota. Implementing independent regulatory agencies in Brazil: The contrasting experiences in the electricity and telecommunications sectors. **Regulation & Governance**, n. 6, v. 3, p. 300-326, 2012.

²⁶⁵ PACHECO, Regina Silvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. 2016, p. 528.

²⁶⁶ PACHECO, Regina Silvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. 2016, p. 529-530.

aspectos político-institucionais da regulação, discutindo os desafios para seu avanço no Brasil em razão de suas características sistemáticas²⁶⁷.

Sobre os motivos apontados para a sua criação, os teóricos tendem a apontar os relacionados à infraestrutura, como a credibilidade regulatória e a busca pela especialização técnica, e a aspectos sociais, recorrendo, neste último caso, ao argumento de *blame shifting* para explicar a criação das agências: uma tentativa do governo de se desonerar de decisões muitas vezes complexas e impopulares²⁶⁸.

Outro ponto importante na história da regulação no Brasil veio com a Lei n. 11.445, de 05/01/2007, o Marco do Saneamento Básico no Brasil, que dispunha sobre as diretrizes nacionais para o saneamento (abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas). Contextualmente, o setor de saneamento básico (principalmente água e esgotamento sanitário) apresentou uma tendência de ingresso de capital estrangeiro a partir da década de 80, principalmente das empresas francesas Suez e Veolia. Em 2002, no entanto, a tendência era de redução da participação desse tipo de empresa e o retorno da gestão pública na prestação de tais serviços²⁶⁹.

Um motivo para esse problema com tais empresas (na América Latina, inclusive) era a forma de contrato adotada aqui, que pressupunha que a empresa fosse responsável pela prestação dos serviços e também pela sua expansão para todo o público local do contrato. Enquanto que, na Europa, os investimentos relacionados à expansão eram de responsabilidade do poder municipal²⁷⁰. Isso fez com que as empresas privadas passassem a ter mais cautela em relação a esses

²⁶⁷ PACHECO, Regina Silvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. 2016, p. 530.

²⁶⁸ IBÁÑEZ, José A. Gómez; GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating infrastructure**. Harvard University Press, 2009.

²⁶⁹ MADEIRA, Rodrigo Ferreira. **O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para universalização do acesso**. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social: Rio de Janeiro, 2010, p. 152-154.

²⁷⁰ WOLLMANN, Hellmut; MARCOU, Gérard (ed.). **The provision of public services in Europe: Between state, local government and market**. Edward Elgar Publishing, 2010.

contratos, dando preferência àqueles que não exigissem investimentos altos ou compromissos de longo prazo²⁷¹.

Assim, a Lei do Saneamento veio como resposta para quase duas décadas de discussão sobre uma estrutura institucional para a regulação do setor de saneamento e permitiu o desenho de uma nova política para o setor, criando um ambiente institucional estável para o reingresso de investimentos e participação privada. Trouxe a possibilidade de o titular dos serviços delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços, sendo obrigado a definir um plano de saneamento com metas e uma política de longo prazo. No caso de concessões, a Lei definiu que dependiam de celebração de contrato e que tais contratos devem conter, entre outras componentes, mecanismos de controle social, de regulação e fiscalização - de forma a associar a possibilidade de participação privada economicamente sustentável com o objetivo geral de universalização dos serviços²⁷².

Com a Lei, observou-se esse cenário mais positivo para as privatizações e, com isso, maior participação privada no setor do saneamento no Brasil e, por consequência, maior necessidade da criação de agências reguladoras que fiscalizassem tais contratos. Em 2018, por exemplo, havia cerca de 325 casos de municípios (6% dos municípios brasileiros) com iniciativa privada nos serviços, que somavam cerca de 20% dos investimentos totais no setor no país²⁷³.

2.4. ESTRUTURA DA REGULAÇÃO NO BRASIL

As agências nacionais contam com a existência da Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR, fundada em abril de 1999. Entidade de direito privado, criada sob forma de associação civil, sem fins lucrativos e de natureza não partidária, a ABAR tem como objetivo promover a mútua colaboração entre as agências associadas e o poder público, buscando o aprimoramento da regulação e

²⁷¹ MADEIRA, Rodrigo Ferreira. **O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para universalização do acesso**, 2010.

²⁷² MADEIRA, Rodrigo Ferreira. **O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para universalização do acesso**, 2010. p. 144-145.

²⁷³ CASTRO, Ana Lia [org.]. **O saneamento não pode esperar. Associação Brasileira de Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto**, 2019.

da capacidade técnica e contribuindo para o avanço e consolidação da atividade regulatória no Brasil. Para isso, por exemplo, a ABAR realiza cursos e *workshops* pelo país, além do Congresso Brasileiro de Regulação, que “se constitui em ponto culminante das atividades da associação”²⁷⁴.

Atualmente, estão associadas à ABAR as seguintes agências nas seguintes esferas: quatro agências na esfera federal (ANCINE, ANP, ANEEL e ANTAQ); 28 agências estaduais, divididas entre agências de serviços delegados gerais, de serviços relacionados ao saneamento e de transportes; 5 agências intermunicipais, 4 delas apenas voltadas ao saneamento; 23 agências municipais, sendo a maioria para serviços públicos delegados gerais e/ou para saneamento²⁷⁵. Por volta de 2004, eram apenas 24 agências associadas, no total²⁷⁶. Isso mostra um nível maior de amadurecimento da regulação no Brasil. Vale ressaltar, no entanto, que há também agências no Brasil que não estão associadas à ABAR - uma vez que essa associação implica o dispêndio de uma anuidade e algumas agências não têm recursos suficientes.

Em lista mais atualizada, o Ministério do Desenvolvimento Regional (2021) traz a quantidade de agências infranacionais (municipais, intermunicipais distritais ou estaduais) do setor de saneamento, totalizando 79 agências²⁷⁷. Há ainda outras agências, responsáveis pela regulação de transportes, por exemplo.

2.4.1 Agências Federais

Às agências federais compete a regulação de serviços em nível nacional. A Lei Federal n. 13.848, de 25/06/2019, dispõe sobre a gestão, organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, entre outras medidas, mas as

²⁷⁴ ABAR. Quem Somos. **Associação Brasileira de Agências de Regulação**, [s.d.]. Disponível em: <<https://abar.org.br/quem-somos/>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

²⁷⁵ ABAR. Agências Reguladoras. **Associação Brasileira de Agências de Regulação**, [s.d.]. Disponível em: <<https://abar.org.br/biblioteca/>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

²⁷⁶ ABAR. A organização e o controle social das agências reguladoras: crítica aos anteprojetos de lei. **Associação Brasileira de Agências de Regulação**: Porto Alegre, 2004, p. 57.

²⁷⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Agências Infranacionais**. Disponível em: <<https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

competências específicas de cada uma estão nas suas respectivas leis de criação ou atualizações. Como exemplo, serão mostradas competências da ANEEL e da ANP.

A ANEEL tem suas atividades e competências definidas pela Lei nº 9.427/1996. Suas atividades podem ser relacionadas em blocos²⁷⁸:

- Concessão, permissão e autorização: implementando políticas, leiloando concessões do setor em que atua e fazendo a gestão dos contratos de fornecimento;
- Regulação: estabelecendo regras para o serviço, ditando metas para o equilíbrio e o bom funcionamento do mercado e criando metodologia de cálculo de tarifas, por exemplo;
- Fiscalização: controlando e fiscalizando, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, todos os contratos delegados dos serviços de energia, assegurando o bom funcionamento dos agentes, podendo fazer exigências, impor multas e até, em última instância, recomendar o fim do contrato de concessão;
- Mediação e ouvidoria: dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre os prestadores de serviços e entre eles e seus consumidores;
- Pesquisa e desenvolvimento (P&D): gerindo programas relacionados à eficiência energética, bem como regulamentando investimentos compulsórios no setor pelos seus agentes.

A Agência Nacional de Petróleo - ANP dispõe de grupos de competências semelhantes aos da ANEEL, uma vez que divididos em contratação, regulação e fiscalização de seu setor específico:

- Regulação: estabelecimento de normas infralegais para o funcionamento das indústrias e do comércio de petróleo, gás natural e biocombustíveis;
- Contratação: outorgar autorizações para as atividades dos setores regulados e promover licitações e assinar contratos em nome da União para as atividades relacionadas aos serviços;
- Fiscalização: fazer cumprir as normas nas atividades dos setores regulados

²⁷⁸ AGÊNCIA Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Competências da ANEEL. [s. d.] Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/competencias>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

A agência também promove estudos relacionados a esse setor, podendo fazer recomendações ao governo federal sobre áreas que podem ser exploradas, por exemplo. O órgão também tem atribuições nas fases administrativas de processos de importação e exportação de produtos relacionados. Em relação aos preços e a concorrência, uma vez que não se trata de um mercado sem competição, a agência também promove pesquisas de preços para ajudar a guiar o consumidor em suas decisões de compra²⁷⁹.

2.4.2 Agências estaduais: a ADASA - DF

Uma das mais consolidadas agências reguladoras do país, a Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal – ADASA foi a primeira a ser responsável também pelos recursos hídricos (responsabilidade que, em geral, é da Agência Nacional de Águas), através da sua Lei de Reestruturação (Lei nº 4.285, de 26/12/2008).

Como serviços regulados pela ADASA, compreende-se: recursos hídricos, compreendidos os diversos usos da água; saneamento básico, relacionado ao serviço, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas; gás canalizado; energia elétrica e petróleo e seus derivados (estes de competências originária federal).

Como objetivos da ADASA, dispostos no artigo 5º, tem-se a preservação dos objetivos da Política de Recursos Hídricos do Distrito Federal, estimulando a eficiência econômica dos serviços com modicidade tarifária; universalizar o serviço (mantendo sua qualidade e, nos casos de não haver mantida a qualidade, ter canais para eventuais queixas); estimular a inovação dos equipamentos utilizados na prestação dos serviços, resultando em eficiência e alocação eficaz de investimentos; bem como mantendo o cidadão como partícipe no processo decisório.

²⁷⁹ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Finalidade e Marcos Legais da ANP. **Ministério de Minas e Energia**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

Em relação às competências da agência, estas estão divididas em competências gerais, administrativas e nas relacionadas a cada serviço regulado. As competências gerais têm diferentes aspectos, podendo ser destacado o normativo, fiscalizador, técnico, econômico-financeiro e os de administração dos conflitos de interesse.

Como exemplos, a agência deve cumprir e zelar pelo cumprimento da legislação e contratos e instruir os regulados a fazê-lo; exercer o poder de polícia em relação à prestação dos serviços regulados; promover a qualidade e a eficiência dos serviços; estabelecer os padrões de qualidade para os serviços regulados; apurar infrações à legislação e aos contratos e aplicar penalidades na forma da lei.

Entre as competências relacionadas ao aspecto econômico-financeiro dos serviços, destaca-se: analisar os custos e o desempenho econômico-financeiro relacionado à prestação dos serviços para verificar a modicidade das tarifas e estruturas tarifárias; regulamentar, fixar e fiscalizar as tarifas dos serviços públicos regulados; corrigir os efeitos da competição imperfeita e proteger os usuários contra o abuso de poder econômico que vise à dominação dos serviços, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Há competências também no aspecto técnico da prestação, como a fiscalização das instalações físicas dos prestadores dos serviços, verificando seu estado de conservação e operacionalização e identificando eventuais desconformidades, para assegurar que possam ser cumpridos os níveis de qualidade exigidos.

À agência, por força das suas características, compete também corrigir os efeitos da competição imperfeita, protegendo o usuário contra abusos de poder econômico, e dirimir conflitos de interesse, tanto em relação à legislação, quanto entre os prestadores de serviços e os usuários²⁸⁰.

Assim, é notório que a Lei referente à agência lhe dá alto grau de responsabilidade e poder em relação a esses serviços, com o objetivo resumido de

²⁸⁰ DISTRITO FEDERAL, Poder Executivo. **Lei nº. 4.285, de 26/12/2008**: Reestrutura a Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal – ADASA/DF, dispõe sobre recursos hídricos e serviços públicos no Distrito Federal e dá outras providências. Brasília: 2008.

não permitir o benefício de uma das partes (prestador dos serviços, consumidor, poder público) que resulte em prejuízo para as outras partes - uma espécie de equação que equilibre a prestação de tais serviços. Isso envolve um total acompanhamento de tais serviços, através de auditorias e fiscalizações (que podem ser feitas em conjunto com entidades públicas ou privadas), as quais garantirão o nível certo de informações para as devidas ações que são necessárias.

2.4.3 Agências municipais e intermunicipais: a AGEMAN e a ARES-PCJ

Há agências responsáveis pela regulação de serviços no âmbito municipal (ou intermunicipal). Nesse caso, as suas funções em geral mudam apenas de serviço para serviço, tendo atribuições semelhantes às das agências federais e estaduais.

Como exemplo, tem-se a Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus - AGEMAN, que tem como objetivos permanentes, entre outros: a universalidade e a isonomia no acesso e na fruição dos serviços delegados; qualidade, regularidade e continuidade compatíveis com a sua natureza e com a exigência dos usuários; a razoabilidade e a modicidade tarifária; a expansão dos serviços e de sua eficácia; a competição, a diversificação e a ampliação da oferta; o justo retorno dos investimentos públicos e privados; o incremento da produtividade; o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e; estabilidade nas relações entre o Poder Público delegante, delegatários e usuários²⁸¹.

Em relação às suas funções, compete a agências, regular a prestação de todos os serviços de competências municipais, acompanhando e fiscalizando a prestação de todos os serviços, aplicando as sanções cabíveis e auxiliando o poder concedente na análise de ajuste tarifário, auditando o desempenho operacional e econômico-financeiro dos prestadores de serviços, indicando ao poder concedente hipóteses de intervenção para retomada da operação de serviços delegados, sempre com

²⁸¹ AGÊNCIA Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus - AGEMAN. Atribuições. **AGEMAN**, 2021. Disponível em: <<https://ageman.manaus.am.gov.br/atribuicoes/>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

publicidade dos procedimentos adotados e com meios de diálogo com a população (através de ouvidorias)²⁸².

À AGEMAN também cabe realizar e publicar estudos e projetos no sentido de melhoria dos serviços, além de auxiliar o poder concedente antes da formalização da concessão, permissão ou autorização pelo poder público municipal. A agência também deve manter disponível um Sistema de Informações sobre os serviços, de forma a facilitar estudos e tomadas de decisão²⁸³.

Logo, as funções das agências reguladoras, independente do serviço regulado ou da sua área de atuação (município, estado, país), podem se enquadrar nas áreas de normatização, regulação, contratação e fiscalização, além da mediação e ouvidoria e de pesquisa relacionada aos serviços.

O que se espera disso, considerando que as suas atribuições sejam devidamente cumpridas sem impedimentos internos ou externos, é que os resultados reflitam diretamente na qualidade da prestação dos serviços sem que isso implique um preço acima do necessário, por exemplo, e sem que os contratos desses serviços sofram descrédito por conta da sociedade em geral, do poder público e do prestador dos serviços. Para que se atinjam tais objetivos, as agências precisam deter conhecimento, poderes e suporte político no exercício de suas funções²⁸⁴.

²⁸² MANAUS. Prefeitura Municipal. **Decreto nº. 4.189, de 26 de outubro de 2018**: Dispõe sobre o Regimento Interno da Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus – AGEMAN, e dá outras providências. Prefeitura Municipal de Manaus, 2018. Disponível em: <https://ageman.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2018/10/Decreto-4189-de-26.10.18_REGIMENTO-INTERNO-AGEMAN.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2021.

²⁸³ MANAUS. Prefeitura Municipal. **Decreto nº. 4.189, de 26 de outubro de 2018**: Dispõe sobre o Regimento Interno da Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus – AGEMAN, e dá outras providências. Prefeitura Municipal de Manaus, 2018.

²⁸⁴ MARTINEZ, Marcello; CANONICO, Paolo. L'organizzazione delle Agenzie per la regolazione e la competizione nei mercati di servizi di trasporto pubblico. **Mercurio R.(a cura di), Organizzazione, regolazione e competitività, McGraw-Hill, Milano, 2006.**

CAPÍTULO 3

MECANISMOS INDEPENDÊNCIA DA REGULAÇÃO

3.1 ESSÊNCIA DA REGULAÇÃO E SUA ATIVIDADE

Desafios econômicos resultam em perda de bem-estar para uma nação, de forma que ensejam a necessidade de intervenção estatal na economia, como se observava na Europa²⁸⁵ há muito tempo atrás:

Economic problems pose political challenges, and many Western nations embarked on radical economic experiments in the wake of the 1979 crisis (...). These governments were asked to bring back the prosperity of the long boom, and their electorates have waited for the results with a mixture of hope and trepidation²⁸⁶.

Ao discutir se a intervenção estatal na economia é inevitável, Boettke²⁸⁷, mesmo de um ponto de vista liberal²⁸⁸, argumenta que são necessárias mudanças sistemáticas e que,

²⁸⁵ Mais recentemente, aponta-se uma mudança nessa relação Estado-economia no continente: “Le più recenti evoluzioni sembrano indicare, come si cercherà di evidenziare, un cambio di paradigma da parte dell’Unione in relazione al ruolo dell’intervento pubblico nell’economia. Le solide basi su cui, per decenni, il processo di integrazione europea si è accompagnato a un costante e progressivo arretramento da parte dello Stato nel campo dell’economia sono state messe seriamente in discussione negli ultimi mesi con l’avanzare della crisi sanitaria ed economica legata alla pandemia. L’intervento pubblico in Europa, infatti, sembra tornato prepotentemente in auge e pare poter segnare un significativo cambio di paradigma rispetto all’approccio con cui L’Unione europea ha interpretato, sino ad oggi, il ruolo dello Stato in economia”. SCUTO, F. et al. L’intervento pubblico nell’economia tra Costituzione economica e Next Generation EU. **FEDERALISMI. IT**, n. 4, p. 915-939, 2022, p. 916-917. Tradução livre: “As evoluções mais recentes parecem indicar, como tentaremos destacar, uma mudança de paradigma por parte da União relativamente ao papel da intervenção pública na economia. As bases sólidas sobre as quais, durante décadas, o processo de integração europeia tem sido acompanhado por um constante e progressivo retrocesso do Estado no campo da economia têm sido seriamente questionadas nos últimos meses com o avanço da crise sanitária e económica relacionada com a pandemia. A intervenção pública na Europa, de facto, parece ter regressado de forma avassaladora e parece poder marcar uma significativa mudança de paradigma no que diz respeito à forma como a União Europeia tem interpretado, até agora, o papel do Estado na economia”.

²⁸⁶ HALL, Peter A.; HALL, Peter Andrew. **Governing the economy: The politics of state intervention in Britain and France**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 03. Tradução livre: “Problemas econômicos representam desafios políticos, e muitas nações ocidentais embarcaram em experimentos econômicos radicais após a crise de 1979 (...). Pediu-se a esses governos que trouxessem de volta a prosperidade do longo boom, e seus eleitores esperaram pelos resultados com um misto de esperança e apreensão”.

²⁸⁷ BOETTKE, Peter. Is state intervention in the economy inevitable?. **Policy: A Journal of Public Policy and Ideas**, v. 28, n. 2, p. 38-42, 2012.

²⁸⁸ No ponto de vista liberal, a intervenção estatal na economia é sempre negativa, como o mesmo autor afirma: “State intervention, on the other hand, thwarts that process of discovery and market adjustment by individuals and instead offers a political solution”. BOETTKE, Peter. Is state intervention in the economy inevitable?. 2012, p. 41. Tradução livre: “A intervenção do Estado, por outro lado, frustra

Without such drastic restraining steps, the demand for state intervention into the economy will be constant. Not inevitable but probable. We need a rejuvenated defence of the classical liberal argument for binding rules on government. Only then can we reduce the probability of state intervention and unleash the wealth creating power and creative energy of the free market²⁸⁹.

Por outro lado, autores como Grau²⁹⁰ apontam para a existência da vocação do Estado moderno de atuar no campo econômico desde a sua origem, passando por “alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado”²⁹¹.

Essa “atividade econômica” pode ser dividida em atividade econômica em sentido estrito, que diz respeito àquela exercida por particulares²⁹², e nos serviços públicos, que têm como objetivo o contentamento de necessidades, abrangendo o uso de recursos escassos, e sua prestação cabe prioritariamente (mas não exclusivamente) ao Estado²⁹³.

No Brasil, tal atribuição é conferida ao Estado por meio dos artigos 173, 174 e 175 da Constituição Federal. Os artigos 173 e 175 dispõem sobre a intervenção de maneira direta na economia a ser realizada pelo Estado, em que o primeiro trata de segurança nacional e interesse coletivo, e o segundo trata da sua responsabilidade na prestação dos serviços públicos. Isso ocorre através de “empresas que operam no

esse processo de descoberta e ajuste de mercado pelos indivíduos e, em vez disso, oferece uma solução política”.

²⁸⁹ BOETTKE, Peter. Is state intervention in the economy inevitable?. 2012, p. 42. Tradução livre: “Sem essas medidas drásticas de contenção, a demanda por intervenção do Estado na economia será constante. Não inevitável, mas provável. Precisamos de uma defesa rejuvenescida do argumento liberal clássico em prol de regras obrigatórias para o governo. Só então podemos reduzir a probabilidade de intervenção do Estado e liberar o poder de criação de riqueza e a energia criativa do livre mercado”.

²⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

²⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 1991.

²⁹² “Thus, the social-democratic ideology based on E. Bernstein’s ideas prefers state regulation of the economy and recognizes the private property economic efficiency, as well as advocates for maintaining social equilibrium by increasing budget exponents on the social sphere”. MUZYCHENKO, G. V. Necessity and limits of state intervention to the economy of modern countries. **Man, Society, Politics: Topical challenges of the modernity**, 2019, p. 75. Tradução livre: “Assim, a ideologia social-democrata baseada nas ideias de E. Bernstein prefere a regulação estatal da economia e reconhece a eficiência econômica da propriedade privada, bem como defende a manutenção do equilíbrio social por meio do aumento dos gastos orçamentários na esfera social”.

²⁹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 1991.

mercado em regime de monopólio ou de concorrência”, as quais podem “fortalecer o mercado interno e democratizar o consumo de bens e serviços”²⁹⁴.

O Art. 174, por sua vez, trata de uma intervenção indireta, por meio das suas atribuições normativa e reguladora, exercidas com a fiscalização, o incentivo e o planejamento: “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”²⁹⁵.

A regulação visa a correção das deficiências do mercado, por meio de edição de regras (de direito) ou pela instituição de autoridades de fiscalização²⁹⁶. Essas imperfeições de mercado são situações diferentes daquelas que caracterizam mercados competitivos eficientes²⁹⁷. Nesse sentido, ainda, deve-se atentar que

However, the mere existence of an identified failure is not sufficient, by itself, to justify regulation, as that term is normally understood. It may be possible to correct the failure by appropriate market transactions or by application of private law remedies, not involving state action. It then becomes a question for analysis whether these private forms of market failure correction are less or more costly than regulatory interventions. If the latter, we can add to three identified forms of market failure, as justifying regulation: significant transaction or coordination costs; and failure of private law²⁹⁸.

Um mercado competitivo eficiente tem, principalmente, três características gerais: direitos de propriedade bem definidos, podendo os proprietários cobrar por seu uso; agentes racionais, com informação suficiente e simétrica para ambos os lados da transação do mercado (consumidor e produtor); e concorrência, com vários produtores independentes, produtos semelhantes e com a livre possibilidade de

²⁹⁴ CLARK, Giovani. **O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado**: a regulação e a Constituição Brasileira de 1988. Lusíada - Economia & Empresa, n. 09. Lisboa, 2009.

²⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

²⁹⁶ SANTOS, Lucas Cândido. Regulação econômica: atribuição das agências reguladoras. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Alberto. **Regulação do saneamento básico**: 5 anos de experiência da ARES-PCJ. São Paulo: Essential Ideal Editora, 2016, p. 186.

²⁹⁷ ABAR. **Glossário de termos utilizados na regulação dos serviços públicos e de infraestrutura**. PURC / ABAR: 2008, p. 66.

²⁹⁸ Ogus, A. I. W(h)ither the Economic Theory of Regulation? What Economic Theory of Regulation? In J. Jordana, & D. Levi Faur (Eds.), **The Politics of Regulation**: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance (pp. 31-44). Edward Elgar Publishing, 2004. p. 32-33. Tradução livre: “No entanto, a mera existência de uma falha identificada não é suficiente, por si só, para justificar a regulamentação, como esse termo é normalmente entendido. Pode ser possível corrigir a falha por meio de transações de mercado apropriadas ou pela aplicação de recursos de direito privado, não envolvendo a ação do Estado. Torna-se então uma questão para análise se essas formas privadas de correção de falhas de mercado são menos ou mais caras do que as intervenções regulatórias. Neste último caso, podemos acrescentar três formas identificadas de falha de mercado, como justificação da regulamentação: custos significativos de transação ou coordenação; e falha do direito privado”

entrada de novos produtores. Com a falta dessas condições, ocorrem as chamadas “falhas de mercado”:

Altri usano la nozione di market failure per tipizzare le situazioni che giustificano l'intervento del legislatore. La c.d. asimmetria informativa è oramai un punto di riferimento imprescindibile di tutte le discussioni sugli obblighi di informazione precontrattuale, mentre la presenza di posizioni di potere di tipo monopolistico è un riferimento inevitabile (sia pure, talvolta, in competizione con la stessa asimmetria informativa) nelle discussioni in tema di clausole e comportamenti abusivi. Meno trattabile dal punto di vista giuridico si è rivelata l'altra grande categoria di fallimenti del mercato (forse la più importante di tutte), quella delle c.d. esternalità (resta comunque il fatto che la giustificazione prima di ogni limitazione dell'autonomia contrattuale è proprio il rischio di esternalità: molti problemi specifici, anche tra quelli rientranti nelle materie cui si è pocanzi accennato, possono infatti essere impostati sostanzialmente in termini di esternalità)²⁹⁹.

Além disso, um mercado que apresente competição imperfeita (monopólio, oligopólio) pode resultar em um preço maior e/ou qualidade menor que deveria ser, trazendo riscos para o consumidor³⁰⁰.

Cabe volver ao exemplo do setor de saneamento básico no Brasil, que traz consigo grande interesse público em sua execução. Como intervenção direta, o Estado é detentor de tal responsabilidade, tendo plena capacidade de delegar para o setor privado - no entanto, não o excluindo do processo, uma vez que ainda deve agir indiretamente por meio da regulação. Esse tipo de serviço (abastecimento de água³⁰¹ e esgotamento sanitário, principalmente) traz consigo características que dificultam a sua execução por meio de um mercado de concorrência, sendo denominado de “monopólio natural”³⁰². Turolla & Ohira refletem sobre os fatores:

(...) a presença de custos fixos elevados em capital altamente específico implica em um dilema entre eficiência produtiva e eficiência alocativa, além de sub-incentivo ex ante ao investimento. Outro fator refere-se à incerteza associada ao longo período de maturação dos projetos e a possibilidade de mudanças de condições ao longo desse período são fatores que reduzem os

²⁹⁹ DENOZZA, Francesco. Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”. **Rivista Telematica ISSN**, v. 2282, p. 667X, 2013. p. 01-02.

³⁰⁰ MINGARDI, Alberto (Ed.). **Antitrust: mito e realtà dei monopoli**. Rubbettino Editore, 2004.

³⁰¹ “Inoltre l'acqua è, per sua natura, un monopolio naturale (quindi non ci sono rischi legati alla concorrenza) e non è possibile farne a meno sia per l'uso umano che per gli altri usi produttivi; è una risorsa strategica, chi la controlla ha la possibilità di acquisire un potere enorme”. L'ACQUA, UN DIRITTO UMANO; COMUNE, IL CAMMINO DELL'ACQUA BENE; MONDO, NEL. Lottare per l'ACQUA. **I Quaderni della R.E.S. Valdera**, 2015, n. p. Tradução livre: “Além disso, a água é, pela sua natureza, um monopólio natural (portanto não existem riscos associados à concorrência) e não é possível prescindir dela tanto para uso humano como para outros usos produtivos; é um recurso estratégico, quem o controla tem a possibilidade de adquirir um enorme poder”.

³⁰² TUROLLA, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi. A economia do saneamento básico. **III Ciclo de Debates do Grupo de Estudos em Economia Industrial, Tecnologia e Trabalho**. PUC-SP: São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUCSP_TurollaeOhira.pdf> . Acesso em: 02 dez. 2021.

incentivos ao investimento de capitais privados, afetando até mesmo o sistema de incentivos que determina o investimento público no setor. Em função dessas características, o aumento no ritmo da expansão das redes de saneamento básico no Brasil, embora urgente, não é tarefa fácil de ser realizada³⁰³.

Assim, a regulação estatal da economia pode ser definida como uma ferramenta usada pelo Estado na prescrição de arrumação do mercado³⁰⁴; faculdade e ato proveniente da interferência estatal quando se declaram fins manifestamente econômicos (controle de concentrações empresariais, repressão de infrações, controle de preços e tarifas, admissão de novos agentes no mercado)³⁰⁵. Uma definição complementar e mais específica é trazida pela ABAR³⁰⁶:

Processo pelo qual a autoridade governamental designada fornece supervisão e estabelece regras para empresas em uma indústria. O regulamento coloca limites no comportamento, estabelece bons (ou maus) incentivos, e trata assuntos que são politicamente controversos. As decisões são executadas através de uma regra ou uma ordem emitida por uma autoridade executiva ou uma agência reguladora do governo que tem força de lei.

No âmbito jurídico, a regulação pode ser descrita como o conjunto das intervenções estatais, principalmente sobre os agentes econômicos e, portanto, o conjunto de condicionamentos jurídicos a que essas intervenções se sujeitam e de mecanismos jurídicos gerados por tais intervenções³⁰⁷. Mwenda concorda com essa definição, trazendo o exemplo da regulação do mercado financeiro:

The term regulation refers to a set of binding rules issued by a private or public body. Generally, these can be defined as those rules that are applied by all regulators in the fulfillment of their function; in the financial services area, they include such prudential rules as those influencing the conditions of access to the market (intended to prevent the emergence of entities with doubtful reputation or without financial capacity necessary for the operation they intend to implement) and those aimed at controlling the risks associated with financial activities, corporate governance and internal control systems,

³⁰³ TUROLA, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi. A economia do saneamento básico. **III Ciclo de Debates do Grupo de Estudos em Economia Industrial, Tecnologia e Trabalho**. 2005, p. 9.

³⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, 2002, p. 136 *apud* DEMETERCO NETO, Antenor. **Democracia, regulação e desenvolvimento**: a universalização e redistribuição de renda no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 73.

³⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari [coord.]. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18.

³⁰⁶ ABAR. **Glossário de termos utilizados na regulação dos serviços públicos e de infraestrutura**. 2008, p. 106.

³⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sergio (org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 99.

conduct-of-business rules, and methods of supervision. The body issuing these rules must be given the authority to do so³⁰⁸.

O autor complementa observando que essa autoridade de determinar padrões de comportamento às vezes está num órgão diferente daquele que impõe o seu cumprimento:

Although some commentators, such as the International Compliance Association (ICA), have argued that the body issuing regulations should also have both the authority to supervise compliance with the rules and the power to issue sanctions against breach of the rules, experience in many countries has shown that this is not always the case. There are situations where the power to issue regulations reposes in a different body from that handling sanctions for breach of regulations³⁰⁹.

Nesse caso, pode-se dizer que ambos tratam de regulação, uma vez que as agências reguladoras tanto trazem padrões de comportamento (que também podem ser impostos por outras esferas públicas) quanto impõem e fiscalizam o seu cumprimento.

Baptista³¹⁰ associa a regulação à implementação de políticas públicas, afirmando que a regulação é o motor que faz andar toda a engrenagem de uma política pública.

Há algumas denominações que se confundem com a regulação: regulamentação, auto-regulação, desregulação, desregulamentação e poder de polícia. Enquanto a regulação renova o ordenamento jurídico a partir de conceitos jurídicos vagos dispostos em lei, a regulamentação se restringiria exclusivamente à

³⁰⁸ MWENDA, Kenneth Kaoma. **Legal aspects of financial services regulation and the concept of a unified regulator**. World Bank Publications, 2006, p. 05. Tradução livre: “O termo regulação refere-se a um conjunto de regras obrigatórias emitidas por um órgão privado ou público. Geralmente, podem ser definidas como aquelas regras que são aplicadas por todos os reguladores no cumprimento de sua função; na área dos serviços financeiros, incluem regras prudenciais como as que influenciam as condições de acesso ao mercado (destinadas a prevenir o aparecimento de entidades de reputação duvidosa ou sem capacidade financeira necessária para as operações que pretendem concretizar) e as que visam o controle os riscos associados às atividades financeiras, governança corporativa e sistemas de controle interno, regras de condução dos negócios e métodos de supervisão. O órgão que emite essas regras deve ter autoridade para fazê-lo”.

³⁰⁹ MWENDA, Kenneth Kaoma. **Legal aspects of financial services regulation and the concept of a unified regulator**. 2006, p. 05. Tradução livre: “Embora alguns comentaristas, como a Associação Internacional de Conformidade (ICA), tenham argumentado que o órgão que edita os regulamentos também deve ter autoridade para supervisionar o cumprimento das regras e o poder de emitir sanções contra a violação das regras, a experiência em muitos países tem mostrado que nem sempre é assim. Existem situações em que a competência para regulamentar reside num órgão distinto daquele que trata das sanções por incumprimento de normas”.

³¹⁰ BAPTISTA, Jaime Melo. A importância das políticas públicas dos serviços de águas e o papel da regulação: um estudo de caso. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Alberto. **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essential Ideal Editora, 2016, p. 279.

emissão de normas necessárias ao efetivo cumprimento da lei, sem inovações. Assim, a desregulação sugere que os agentes estão submetidos ao solitário andamento do mercado, enquanto a desregulamentação seria a simples redução da racionalização de normas de intervenção estatal na economia³¹¹.

A auto-regulação, por sua vez, envolve dois outros conceitos: a regulação pública não estatal, praticada por organizações da própria sociedade por delegação ou por inclusão das suas regras à ordem jurídica pública; e a regulação privada, realizada livremente por organizações privadas, sem qualquer delegação ou aprovação do Estado³¹².

Freitas³¹³ registra a diferença entre a função ordenadora e reguladora do Estado, uma vez que a função reguladora não se limita à utilização do poder extroverso estatal para restringir direitos individuais, mas pressupõe também a permeabilidade processualizada dos interesses dos agentes regulados, ao passo que a função ordenadora em sentido estrito insula o cidadão de sua formulação, ficando restrita ao aparato burocrático estatal. De outra forma, a função ordenadora é resumidamente apenas uma das funções da regulação, sendo o poder de polícia³¹⁴.

A regulação é um contrapeso da atividade privada, funcionando como um freio à atuação do mercado na economia³¹⁵. Para que o controle exercido seja efetivo, essas agências precisam reunir uma série de qualidades específicas³¹⁶ que as

³¹¹ DEMETERCO NETO, Antenor. **Democracia, regulação e desenvolvimento**: a universalização e redistribuição de renda no Brasil. 2015, p. 75-77.

³¹² DEMETERCO NETO, Antenor. **Democracia, regulação e desenvolvimento**: a universalização e redistribuição de renda no Brasil. 2015, p. 75-77.

³¹³ FREITAS, Rafael Vêras. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, 208p., p. 86-87.

³¹⁴ De uma forma genérica, "The police power restrains and regulates, for the promotion of the public welfare, the natural common liberty of the citizen in the use of his personal faculties and of his property". FREUND, Ernst. **The police power**. Рипол Классик, 1904, p. 17. Tradução livre: "O poder de polícia restringe e regula, para a promoção do bem público, a liberdade comum natural do cidadão no uso de suas faculdades pessoais e de sua propriedade".

³¹⁵ MWENDA, Kenneth Kaoma. **Legal aspects of financial services regulation and the concept of a unified regulator**. 2006.

³¹⁶ Alguns exemplos, resumidamente: "Some traits are common to regulatory agencies, such as the independence of leaders from political power, their sectorization as well as the legal nature of autarchy in a special regime. We include here the normative power and the power to settle conflicts, since it synthesizes these two that are limited to the sectors that they aim to regulate. Independence, of course, does not mean that they are free from control or supervision". LASHON, Kelvin. Between Brazilian Arbitration and European Arbitration: A study about the National Telecommunications Agency (ANATEL) and the Office of Communications (OFCOM). **International Journal of Science and Society**, v. 4, n. 4, p. 582-592, 2022, p. 584. Tradução livre: "Algumas características são comuns às agências reguladoras, como a independência dos dirigentes em relação ao poder político, sua setorização, bem como a natureza jurídica da autarquia em regime especial. Incluímos aqui o poder normativo e o poder de dirimir conflitos, pois sintetiza esses dois que se limitam

permitam impor suas decisões sobre o regulado, colocando-se no papel de soberania no controle da atividade³¹⁷. Essas qualidades, evidentemente, podem variar a depender do caráter da atividade que está sendo regulada, no entanto, algumas delas permanecem comuns a todas as modalidades de regulação, são elas³¹⁸:

i) A capacidade de ficar imune a injunções político-partidárias³¹⁹, processo que só pode derivar de uma elevada autonomia de fatores, que para além da tecnicidade do trabalho, decorre em especial das autonomias administrativas e financeiras, que permitem a manutenção do trabalho técnico sem interferência. É desta autoadministração que deriva também a capacidade de imparcialidade destas agências, que confere aspecto de confiabilidade às decisões tomadas;

ii) Capacidade de evoluir, tanto em nível de normativas operacionais quanto de serviços propriamente ditos, de modo que possa acompanhar o avanço tecnológico e, em especial, vincular o avanço ao atendimento das demandas populares. Deste modo, a agência reguladora sai da condição passiva para uma condição ativa no ambiente em que se insere, sendo não mais apenas moldada pelo negócio que regula mas moldando-o ao ambiente para melhor atender as necessidades sociais;

iii) Capacidade de aplicar sanções de forma rápida e assertiva, fornecendo um modo de alento à população de clientes dos serviços regulados que permite, ao mesmo tempo, o controle das exigências e o estrangulamento de problemas antes que se disseminem. Essa capacidade de sanção se relaciona com o seu poder de polícia, sua capacidade de punir e prevenir de forma ativa a inocorrência de problemas que possam repercutir como um ônus a sociedade; e, por fim,

aos setores que visam regular. Independência, é claro, não significa que eles estejam livres de controle ou supervisão”.

³¹⁷ AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de direito administrativo**, v. 213, p. 141-148, 1998.

³¹⁸ Conforme mostrado por: LIMA, Artur Carnauba Guerra Sangreman. **O poder normativo das agências reguladoras**: deslegalização, legitimidade democrática e controle. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2016.

³¹⁹ “In order to implement public policies proposed democratically by the Legislative Power, the agencies must remain independent from the latter and from the Executive Power itself, so that it can implement them in the most efficient way possible”. LASHON, Kelvin. Between Brazilian Arbitration and European Arbitration: A study about the National Telecommunications Agency (ANATEL) and the Office of Communications (OFCOM). 2022, p. 584. Tradução livre: “Para implementar democraticamente as políticas públicas propostas pelo Poder Legislativo, os órgãos devem manter-se independentes deste e do próprio Poder Executivo, para que este possa implementá-las da forma mais eficiente possível”.

iv) Capacidade de incorporação da população (usuária direta ou impactada de algum modo) tanto no controle quanto na fiscalização. Esta incorporação permite que a agência reguladora se cubra com uma camada de legitimidade, gerando no imaginário coletivo que sua atuação não apenas é positiva, como colocando-a na condição de extensão do povo.

Esse conjunto de fatores fez com que as agências reguladoras tivessem seu enquadramento jurídico ideal como uma autarquia, que é definida pelo Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967 como um serviço autônomo criado por lei com “personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”³²⁰. Com isso, já se pode vislumbrar o caráter de autogestão necessário para que as agências possam acompanhar a iniciativa privada objeto da regulação.

Entretanto, apenas o enquadramento como autarquia se mostrava insuficiente para cobrir a atuação das agências reguladoras, que se revelavam maiores em forma e conteúdo. Nesta linha, as Agências reguladoras foram alocadas na condição de “autarquias com regime especial de funcionamento”, como é explicado:

Because they demand a certain autonomy, regulatory agencies assume the status of autarchy which, conceptually, means self-government, in the sense of an administrative legal entity with the capacity to manage its own interests. However, the independence common to all autarchy is not enough, the agencies demand a more intensified degree of autonomy, such as the impossibility of dismissing directors ad nutum (with mandates in a time different from the mandates of the heads of the Executive), lack of inappropriate administrative resources, among other features³²¹.

³²⁰ BRASIL. Decreto-lei no. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 20 dez. 2022.

³²¹ LASHON, Kelvin. Between Brazilian Arbitration and European Arbitration: A study about the National Telecommunications Agency (ANATEL) and the Office of Communications (OFCOM). 2022, p. 585. Tradução livre: “Por demandarem certa autonomia, as agências reguladoras assumem a condição de autarquia que, conceitualmente, significa autogoverno, no sentido de pessoa jurídica administrativa com capacidade para gerir seus próprios interesses. Porém, não basta a independência comum a todas as autarquias, os órgãos exigem um grau de autonomia mais intensificado, como a impossibilidade de destituir administradores ad nutum (com mandatos em tempo diferente dos mandatos dos chefes do Executivo), falta de recursos administrativos inadequados, entre outras características”.

Este regime decorre das regalias conferidas pela lei específica no ato da criação da autarquia³²². O adicional de poderes é necessário para fazer frente à especificidade do escopo da atividade regulatória. Cada tipo de atividade exigirá uma condição especial para que a regulação ocorra de forma efetiva, eficiente e eficaz. Referido enquadramento permite a atuação de cada autarquia de maneira diferente das demais, com ênfase nos pontos mais relevantes para a área de atuação/regulação na qual se insere.

Como exemplo, cita-se a Agência Nacional de Telecomunicações, que tem ausência de subordinação direta hierárquica, bem como mandato fixo e estabelecido dos dirigentes³²³, situação essa que se aplica a outras Agências Reguladoras, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)³²⁴.

Outro fator que demonstra a necessidade do caráter especial conferido às autarquias deriva de seu amplo espectro de facetas da regulação, dentre as quais se destacam a regulação econômica e a regulação social³²⁵. Neste sentido, é importante destacar que a definição destes dois tipos regulatórios pode ser inexata em decorrência, especialmente, da maneira como os governos conduzem suas tarefas³²⁶, sendo muitas vezes confundidas umas com as outras.

³²² “Although the expression “special autarchy” or “autarchy under a special regime” is multifaceted, as it encompasses several possibilities (the independence conferred may be greater or lesser, according to the law that created the agency), it is important to emphasize that only through the analysis of the specific legal instrument for creating the agency, we can verify with greater precision the degree of independence of a given agency”. LASHON, Kelvin. *Between Brazilian Arbitration and European Arbitration: A study about the National Telecommunications Agency (ANATEL) and the Office of Communications (OFCOM)*. 2022, p. 585. Tradução livre: “Embora a expressão “autarquia especial” ou “autarquia em regime especial” seja multifacetada, pois abrange diversas possibilidades (a independência conferida pode ser maior ou menor, conforme a lei que criou o órgão), é importante ressaltar que somente através da análise do instrumento legal específico para a criação da agência, podemos verificar com maior precisão o grau de independência de uma determinada agência”.

³²³ LASHON, Kelvin. *Between Brazilian Arbitration and European Arbitration: A study about the National Telecommunications Agency (ANATEL) and the Office of Communications (OFCOM)*. 2022, p. 585.

³²⁴ PINHEIRO, Ivan Antônio; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. A condição de autarquia especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão. **Revista de Administração Pública**, v. 36, n. 3, p. 459 a 484, 2002.

³²⁵ LUCAS, Eugênio Pereira. Regulação: Questões Conceptuais e Terminológicas. **XXXI Encontro da Anpad**. 2007. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A2369.pdf>>. Acesso: 15 de ago de 2022

³²⁶ WINDHOLZ, E.; HODGE, G. A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 264, p. 13–56, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14076>. Acesso em: 15 ago. 2022.

No entanto, em que pesem seus pontos comuns, pode-se caracterizar a regulação social como: i) um mecanismo corretivo das ações econômicas das quais o governo regula; e ii) como um mecanismo de alcance de objetivos desejados³²⁷. Esta divisão em dois momentos de fato corresponde à temporalidade da regulação. No seu primeiro aspecto, trata-se de uma correção *a posteriori* da atuação dos mecanismos privados. Já o segundo ponto corresponde ao momento primeiro, aquele em que se definem quais os objetivos que a regulação deve perscrutar com base nas demandas sociais e econômicas, com ênfase na iniciativa pública e seu interesse.

Por sua vez, a regulação econômica corresponde a toda ação do Estado que limita os graus de liberdade que os agentes econômicos possuem no processo de tomada decisória, fruto da migração do Estado ativo fornecedor de serviços para o Estado passivo³²⁸. Com isto, o Estado tem a possibilidade de manter níveis ideais de qualidade da prestação de serviço, impedir o abuso de poder econômico e a melhor forma de utilizar bens escassos na mão da iniciativa privada.

3.2. PODER LEGISLATIVO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

O poder Legislativo exerce controle sobre as agências reguladoras tanto através de seu controle parlamentar quanto através da sua competência fiscalizatória das atividades dos demais Poderes³²⁹. Hood qualifica tal poder como um dos “classic primary regulators of government in constitutional theory”³³⁰.

Assim,

A hierarchical perspective sees the control and scrutiny function of the legislature as enacting a mandate of popular sovereignty, something that formally should give the parliament the upper hand. In electing the legislature

³²⁷ WINDHOLZ, E.; HODGE, G. A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. 2013.

³²⁸ MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. São Paulo: **Atlas**, 2002. p. 117.

³²⁹ CHRISTENSEN, Tom; LÆGREID, Per; RONESS, Paul G. Increasing parliamentary control of the executive? New instruments and emerging effects. **Journal of Legislative Studies**, v. 8, n. 1, p. 37-62, 2002.

³³⁰ HOOD, Christopher; JAMES, Oliver; SCOTT, Colin. Regulation of government: has it increased, is it increasing, should it be diminished?. **Public Administration**, v. 78, n. 2, p. 283-304, 2000, p. 283. Tradução livre: “reguladores primários clássicos do governo na teoria constitucional”.

the people delegate to it the authority to make decisions on law and finances and to ensure that the executive implements its decisions and policies³³¹.

Referido controle é exercido através dos Tribunais de Contas. Essa atividade fiscalizatória é um desdobramento do título IV, art. 49, do texto constitucional, que prevê que ao Congresso Nacional compete, exclusivamente, fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Entretanto, quando se fala da fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas, ela ocorre no campo da seção IX, da fiscalização contábil, financeira e orçamentária do diploma.

Os Tribunais de Contas, para além da sua atividade de fiscalização dos custos e despesas elencados pelos poderes aos quais objetiva fiscalizar, suprem também o vácuo normativo deixado pela Constituição no quesito de prática do controle operacional³³², em especial na esfera do Executivo Federal. Porém é importante destacar que este controle é, em última análise, financeiro, e não compete ao Tribunal de Contas versar acerca de ações ou inações tomadas sem que ocorram gastos de recursos públicos³³³.

Entretanto o Poder Legislativo pode, através do Congresso Nacional, a qualquer tempo, exigir justificativas de decisões tomadas pelas agências reguladoras mesmo que no âmbito técnico-administrativo³³⁴, podendo ainda exercer controle através de sua função jurisdicional atípica, como no caso da Comissão Parlamentar de Inquérito³³⁵. A título de exemplo, no ano de 2009 o Congresso instaurou comissão parlamentar de inquérito com o objetivo de averiguar a atuação da ANEEL nos

³³¹ CHRISTENSEN, Tom; LÆGREID, Per; RONESS, Paul G. Increasing parliamentary control of the executive? New instruments and emerging effects. 2002, p. 39. Tradução livre: Uma perspectiva hierárquica vê a função de controle e escrutínio da legislatura como promulgação de um mandato de soberania popular, algo que formalmente deveria dar vantagem ao parlamento. Ao eleger o legislativo, o povo delega a ele autoridade para tomar decisões sobre leis e finanças e para garantir que o executivo implemente suas decisões e políticas.

³³² DE PALMA, Juliana Bonacorsi; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 120, 2020.

³³³ BATEMAN, William. **Parliamentary Control of Public Money**. Tese de Doutorado (Philosophy). University of Cambridge, 2018.

³³⁴ ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. 2008. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

³³⁵ KEPPEL, Matthias. Political Control and Parliamentary Committees of Inquiry: Strengthening the Quality of Democracy. **Journal of the Knowledge Economy**, p. 1-23, 2022.

reajustes tarifários dos contratos de concessão para os serviços de distribuição de energia³³⁶.

3.2.1. O controle parlamentar como meio de fiscalização

Conforme citado anteriormente, o controle parlamentar pode ocorrer de diversas formas, entretanto, as comissões parlamentares de Inquérito – CPIs, sem dúvidas são o meio de maior notoriedade pública, em especial após os eventos ocorridos durante a pandemia de COVID-19. Segundo dados apurados pelo UOL³³⁷, as pesquisas realizadas pelo termo foram históricas, superando o patamar anterior de 2006. A audiência da TV Senado triplicou durante o decorrer da CPI e as visualizações no canal de Youtube foram 13 vezes maiores que os números registrados antes.

Neste sentido, nota-se que essa modalidade de controle tem um grande apelo popular. As pautas, quase sempre de interesse da população, movimentam o debate público nacional, inclusive na área da regulação³³⁸. Há, no entanto, quem defenda a ineficiência desta modalidade por não gerar resultados efetivos. Retornando ao levantamento do UOL, 52% dos entrevistados em relação a CPI da COVID acreditavam que a CPI faria apenas uma encenação sem chegar a resultado algum, isto, claro, fruto do histórico negativo vivenciado no país³³⁹.

Em relação as Agências Reguladoras, a própria CPI da COVID, conforme disposto em seu relatório final³⁴⁰, analisou o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS na regulação da Prestadora de serviços *Prevent Senior*. Até o

³³⁶ ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 55, n. 217, p. 203-221, 2018.

³³⁷ LOPES, Plínio. CPIs não dão resultado? Relembre o que ocorreu depois de algumas comissões. **TAB UOL**, 2021. Disponível em: < <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2021/07/16/as-cpis-nao-tem-resultados-relembre-o-impacto-de-algumas-comissoes.htm>>. Acesso em 04 de set de 2022.

³³⁸ DUNLEAVY, Patrick; MUIR, Dominic. Parliament bounces back—how Select Committees have become a power in the land. **Democratic Audit blog**, 2013.

³³⁹ LOPES, Plínio. CPIs não dão resultado? Relembre o que ocorreu depois de algumas comissões. **TAB UOL**, 2021.

³⁴⁰ BRASIL, SENADO FEDERAL. Relatório final apreciado pela CPI da COVID em 26/10/2021. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/72c805d3-888b-4228-8682-260175471243>> Acesso em 04 de set de 2022.

momento da Comissão, a reguladora não havia realizado nenhum tipo de procedimento contra a prestadora de serviços, tendo iniciado suas investigações apenas após o início da CPI. Em tal quadro, fica demonstrada uma interferência, apesar de indireta, desta atividade parlamentar que, em que pese não ter fiscalizado a reguladora de serviços, ao fiscalizar a prestadora, gerou movimentação por parte da ANS.

Todavia, a impossibilidade de o Legislativo, além de apurar, também punir, reduz a efetividade deste meio de controle³⁴¹, não resultando em mudança significativa e fazendo com que o principal resultado, em especial no caso das reguladoras, seja a capacidade de moldar a opinião pública através dos trabalhos desempenhados para que se possa exercer pressão, tanto na prestadora quanto na reguladora, por alterações, ainda mais considerando, conforme elencado anteriormente, que a agência necessita da colaboração do público para manter sua capacidade de influência e de decisão.

Outras formas de controle que o poder parlamentar exerce acerca da atividade das agências reguladoras podem ser observadas no art. 50 da CF/88, no qual é permitido ao Poder Legislativo solicitar, por escrito, informações aos chefes dos órgãos executivos, como Ministros e quaisquer titulares de órgãos que estão subordinados diretamente ao Presidente da República. No entanto, há outra explicação para a distância entre tais órgãos que reside na complexidade da tarefa regulatória:

Increased information requirements made it more difficult for elected politicians to produce clear benefits for voters from their regulatory decisions. Even issues that were more directly relevant to voters became increasingly linked to arcane matters that were incomprehensible to non-specialists. Thus price controls became enmeshed in questions of costs of capital, comparable rates of return, long-run incremental cost and tariff baskets – matters that were far from exciting for ministers. Complexity made it more difficult for ministers and legislators to participate effectively in decision making. Delegation to agencies of ‘unsexy’ technical policy making and implementation functions became more attractive to elected politicians (and their generalist civil servants)³⁴².

³⁴¹ HOLBURN, Guy LF; VANDEN BERGH, Richard G. Influencing agencies through pivotal political institutions. **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 20, n. 2, p. 458-483, 2004.

³⁴² THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. **West european politics**, v. 25, n. 1, p. 125-147, 2002, p. 132. Tradução livre: “O aumento das exigências de informação tornou mais difícil para os políticos eleitos produzir benefícios claros para os eleitores de suas decisões regulatórias. Mesmo questões que eram mais diretamente relevantes para os eleitores tornaram-se cada vez mais ligadas a questões misteriosas

3.2.2. O papel do Tribunal de Contas no controle

O papel dos TCs, em especial o da União, passou por um processo de reinterpretção do seu dever constitucional, o que o tornou um dos principais fiscalizadores da atividade-fim das agências reguladoras³⁴³. Essa mudança decorre, sobretudo, dos já citados processos de desestatização ocorridos na década de 90, que, ao retirarem a obrigação de exercer a atividade do bojo do Estado, obrigou este último a adotar mecanismos para regular a atividade e, para além disso, também mecanismos que ajam sobre aqueles que regulam as atividades, tendo em vista o seu importante caráter social e os poderes extraordinários conferidos aos reguladores para poderem exercer a regulação de forma suficientemente rápida³⁴⁴.

Através de auditorias, os Tribunais de Contas vêm fiscalizando a atividade-fim das agências reguladoras, situação que diverge da sua função original de fiscalização para um controle jurídico formal e, no controle operacional, apenas acerca dos contratos de gestão³⁴⁵. Apesar desta dissonância, as fiscalizações da atividade-fim objetivam a análise do cumprimento efetivo da legislação e da verificação de cumprimento eficaz da atividade regulatória, situação que, se não através dos Tribunais de Contas, precisa ser realizada de todo modo.

Parte deste conflito de competências decorre de problemas da própria lei, a exemplo, em sua lei fundadora, foi cometida à Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL a competência de “exercer controle, a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica”, competência essa já delegada ao

que eram incompreensíveis para não especialistas. Assim, os controles de preços tornaram-se enredados em questões de custos de capital, taxas de retorno comparáveis, custos incrementais de longo prazo e cestas tarifárias – assuntos que estavam longe de ser excitantes para os ministros. A complexidade dificultou a participação efetiva de ministros e legisladores na tomada de decisões. A delegação a agências de funções técnicas de formulação e implementação de políticas “pouco atraentes” tornou-se mais atraente para os políticos eleitos (e seus servidores públicos generalistas)”.
³⁴³ DE PALMA, Juliana Bonacorsi; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 120, 2020.

³⁴⁴ MCGARITY, Thomas O. Presidential Control of Regulatory Agency Decisionmaking. **Am. UL Rev.**, v. 36, p. 443, 1986.

³⁴⁵ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. Limites ao controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União: casos selecionados em 2018. **Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília**, v. 5, n. 2, p. 109-126, 2019.

Conselho Nacional de Defesa Econômica - CADE³⁴⁶. Situações como essa são exemplos comuns encontrados nos diplomas de criação de agências, o que faz com que urja, com ainda mais força, a necessidade de controle de tais entidades.

No intuito inclusive de sanar alguns pontos deste conflito de competências, as auditorias realizadas pelos Tribunais de Contas (TCs) podem resultar tanto em decisões contrárias àquelas proferidas pela Agência reguladora, como até mesmo pedidos de esclarecimento³⁴⁷. Essas decisões contrárias, no entanto, têm caráter de recomendação, não havendo obrigatoriedade em seu cumprimento.

Muitas críticas ao modo de atuação do TCU foram proferidas ao longo dessa dinâmica entre os Poderes, com autores defendendo que esta forma de controle gera insegurança regulatória, sobreposição de poderes e deriva de uma falta de legitimidade³⁴⁸. Entretanto, em sentido contrário, a crítica inversa que embasa a necessidade deste controle decorre de levantamentos realizados pelo TCU, nos quais se apurou que, ao longo de 20 anos, as agências reguladoras proferiram um número de normativos superiores a totalidade de leis editadas pelo Congresso Nacional³⁴⁹.

Esses atos normativos, dado o seu ritmo de expedição, não têm o respaldo populacional, mostrando um conflito do princípio basilar das agências, que precisam do respaldo do povo para emanarem suas decisões. Isso acaba por tirar das agências, através de seus próprios atos, parte de seu poder que deriva do clamor popular, para obrigar o regulado a agir conforme determina o normativo editado.

Outro ponto utilizado para respaldar a atuação do TC decorre da própria fundação do Estado e dos princípios públicos adotados como base, em especial, o da eficiência, estando as próprias agências reguladoras vinculadas a esse princípio, em

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de direito administrativo*, v. 229, p. 285-312, 2002.

³⁴⁸ MENEZES, Monique. O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, p. 107-125, 2012.

³⁴⁹ CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal. **Revista da CGU**, v. 13, n. 24, p. 207-219, 2021.

ordem a atrelar a ele toda e qualquer decisão tomada e que, ao mesmo tempo, autoriza a verificação através do TC³⁵⁰.

3.3. PODER JUDICIÁRIO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como visto anteriormente, o Poder Judiciário tem como sua principal função a de salvaguardar o efetivo cumprimento da lei, exercendo papel de protagonismo na resolução de conflitos³⁵¹, permitindo que seja instaurada a segurança jurídica, envolvendo a segurança acerca do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da criação e manutenção da coisa julgada³⁵². A jurisdição³⁵³, em sua essência, é tida como

a atividade própria do Estado mediante a qual as normas jurídicas, vazadas em regras ou em princípios, são aplicadas concretamente, por Juízes, para a composição definitiva de conflitos subjetivos ou normativos, compreendendo a dicção do direito aplicável e eventualmente sua execução. A atividade de intermediação ou homologação de acordos, conforme tais pensamentos, ou não é propriamente jurisdicional, ou situa-se em plano equiparado à Jurisdição voluntária, ou localiza-se na fronteira com a atividade administrativa de tutela de interesses, inexistindo uma identidade entre ambas. A Jurisdição, ademais, não aparece relacionada a técnicas de administração.³⁵⁴

³⁵⁰ PINTO, Pedro Duarte. Tribunal de Contas da União, agências reguladoras e um diálogo na construção de melhores resultados regulatórios (Federal court of audit, regulatory agencies and a dialogue in the improvement of regulatory measures). [TESTE] **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 5, n. 1, p. 183-223, 2014.

³⁵¹ RAWLS, John. A theory of justice. In: **Ethics**. Routledge, 2004. p. 229-234.

³⁵² MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008.

³⁵³ Tem-se que “We will have lived in a world of jurisdiction. We are brought into life and set in motion according to the authority of law, our conduct is shaped according to civil order, and our conscience created and turned to political faith in law and community. Jurisdictional thinking, so to speak, gives legal form to life and life to law. In the world of St Augustine, it gives us the structure of our existence. In the idioms of European traditions of law we cannot move but for the work of jurisdiction. Our deaths, too, will be marked by questions of jurisdiction and care of law (or its lack)”. DORSETT, Shaunnagh; MCVEIGH, Shaun. **Jurisdiction**. Routledge-Cavendish, 2012, p. 01. Tradução Livre: Teremos vivido em um mundo de jurisdição. Somos trazidos à vida e postos em movimento de acordo com a autoridade da lei, nossa conduta é moldada de acordo com a ordem civil e nossa consciência criada e voltada para a fé política na lei e na comunidade. O pensamento jurisdicional, por assim dizer, dá forma jurídica à vida e vida ao direito. No mundo de Santo Agostinho, dá-nos a estrutura da nossa existência. Nos idiomas das tradições jurídicas européias, não podemos nos mover a não ser para o trabalho da jurisdição. Nossas mortes também serão marcadas por questões de jurisdição e cuidado da lei (ou sua falta).

³⁵⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019, p. 307.

A segurança é de extrema importância pois, além de facilitar as interações entre agentes (econômicos, sociais, etc)³⁵⁵, colabora com a redução das incertezas que cercam o ambiente no qual estão inseridos.³⁵⁶ É através da segurança jurídica que se estabelece a confiança do agente no processo legal e lhe é colocado certo grau de certeza sobre os resultados ou possíveis resultados de uma ação por ele tomada. Trata-se da confirmação da regra do jogo.

A segurança associa-se também ao conceito de liberdade experimentada, isto é, o agente, ao ver frustrada a segurança jurídica, vê também um atentado contra sua liberdade, pois é através desta segurança que se orienta a vida do indivíduo³⁵⁷.

Um fator importante quando se reflete sobre o papel do Poder Judiciário na atividade exercida pelas agências reguladoras está no princípio da inafastabilidade de acesso à jurisdição³⁵⁸. Significa, em linhas gerais, que não há mérito de causa dentro do Estado Brasileiro que não possa ser pleiteado perante o Poder Judiciário, com base no direito de acesso à justiça³⁵⁹, respeitando, os requisitos para que se

³⁵⁵ MIKULA, Gerold; WENZEL, Michael. Justice and social conflict. **International Journal of Psychology**, v. 35, n. 2, p. 126-135, 2000.

³⁵⁶ Autores descrevem "Post-conflict justice as a signal of stability" (Tradução Livre: Justiça pós-conflito como um sinal de estabilidade), trazendo também os benefícios econômicos da justiça em países pós-conflitos: "Post-conflict states struggle to signal to potential investors that they can credibly commit to securing their investment. In this article, we argued that it is possible for post-conflict states to attract all-important FDI despite the obstacles in these situations. In short, we argued that justice processes enable post-conflict states to signal to international investors that they are committed to domestic stability and focused on preventing the resumption of conflict through the reconciliation of groups and acknowledgement of grievances. We expected MNCs and other investors to be more likely to invest in a state when they are confident about the security of their investment. As a result, we theorized that FDI would be higher in post-conflict countries which were able to signal stability through the use of Post-conflict justice". APPEL, Benjamin J.; LOYLE, Cyanne E. The economic benefits of justice: Post-conflict justice and foreign direct investment. **Journal of Peace Research**, v. 49, n. 5, p. 685-699, 2012, p. 696. Tradução Livre: "Estados pós-conflito lutam para sinalizar aos potenciais investidores que podem comprometer-se de forma credível a garantir o seu investimento. Neste artigo, argumentamos que é possível para os estados pós-conflito atrair importantes IDE, apesar dos obstáculos nessas situações. Em suma, argumentamos que os processos de justiça permitem que os estados pós-conflito sinalizem aos investidores internacionais que estão comprometidos com a estabilidade doméstica e focados na prevenção da retomada do conflito por meio da reconciliação de grupos e do reconhecimento de queixas. Esperávamos que as multinacionais e outros investidores fossem mais propensos a investir em um estado quando estivessem confiantes na segurança de seus investimentos. Como resultado, teorizamos que o IDE seria maior em países pós-conflito que conseguiram sinalizar estabilidade por meio do uso de justiça pós-conflito".

³⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

³⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 1, p. 13-19, 2007.

³⁵⁹ "Trata-se de um direito humano no campo internacional e fundamental no plano interno, positivado, comumente, sob a forma de norma-princípio, podendo apresentar-se também de modo implícito nos ordenamentos jurídicos. Possui um valor próprio, que se alia a uma função instrumental a outros direitos, dotando-se de um conteúdo complexo que permite enfoques técnico-processuais e

possa ajuizar a causa. Isso não é exclusivo da realidade brasileira, pelo que se argumenta:

A pure system of regulation would be only administrative regulation or only litigation; a mixed system combines the two modes of control. There are virtually no pure regulatory systems, because most regulatory decisions by administrative agencies are subject to judicial review³⁶⁰.

Há, de qualquer forma, uma clara preferência pela resolução dos conflitos diretamente nas agências especializadas:

The costs and benefits of the different control institutions and techniques have changed over time. The optimal and actual mixture has therefore changed. For example, diseconomies of scale in litigation (a court system is pyramid-shaped to maintain uniformity, and if there is too much litigation too many layers of review are required, creating unacceptable delay and confusion) may require the creation of regulatory alternatives to litigation. And the rise of public finance as a consequence of more efficient methods of taxation has made regulation, which is more costly to the government than litigation (largely financed by the litigants themselves), more feasible. Rising information costs because of greater technological complexity may also increase the gain to expertise and hence the comparative advantage of specialized agencies relative to generalist courts³⁶¹.

Esta inafastabilidade, ao levar debates da regulação ao Poder Judiciário, acaba por criar entendimentos acerca de assuntos que, muitas vezes, já estariam

democrático-institucionais. Compreende, preponderantemente, prestações estatais e condutas de atores privados, mas ainda incorpora aspectos de direitos de liberdade e participação. Especifica-se (stricto sensu) nas possibilidades de (i) Acesso aos Tribunais para a prestação jurisdicional e de (ii) Acesso aos Direitos em palanques extrajudiciais, em termos de informação, consultoria e métodos alternativos de resolução de conflitos, noções que interagem entre si e têm seu conteúdo e extensão dependentes de atividades interpretativas, na tensão entre o grau de normatividade do direito e as restrições fáticas e jurídicas.” SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019, p. 07.

³⁶⁰ POSNER, Richard A. Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework. In: **Regulation vs. litigation: perspectives from economics and law**. University of Chicago Press, 2010. p. 11-26, p. 22. Tradução Livre: “Um sistema de regulação puro seria apenas regulação administrativa ou apenas litígio; um sistema misto combina os dois modos de controle. Praticamente não há sistemas regulatórios puros, porque a maioria das decisões regulatórias das agências administrativas está sujeita à revisão judicial”.

³⁶¹ POSNER, Richard A. Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework. In: **Regulation vs. litigation: perspectives from economics and law**. 2010, p. 26. Tradução Livre: “Os custos e benefícios das diferentes instituições e técnicas de controle mudaram ao longo do tempo. A mistura ideal e real, portanto, mudou. Por exemplo, deseconomias de escala em litígios (um sistema judicial é em forma de pirâmide para manter a uniformidade e, se houver muitos litígios, muitas camadas de revisão são necessárias, criando atraso e confusão inaceitáveis) podem exigir a criação de alternativas regulatórias ao litígio. E a ascensão das finanças públicas como consequência de métodos mais eficientes de tributação tornou mais viável a regulamentação, que é mais cara para o governo do que o litígio (em grande parte financiado pelos próprios litigantes). O aumento dos custos de informação devido à maior complexidade tecnológica também pode aumentar o ganho de especialização e, portanto, a vantagem comparativa das agências especializadas em relação aos tribunais generalistas”.

esgotados na esfera executiva das agências reguladoras. Ademais, pode trazer para a regulação uma obrigação que não estava em seu rol inicial de atividades³⁶².

É importante ressaltar que essa forma de controle, diferentemente dos demais casos elencados, exerce-se *a posteriori*. Faz-se necessária a ocorrência de uma perturbação para que o Poder Judiciário seja acionado e possa intervir no caso. Essa intervenção se legitima como busca da proteção ao patrimônio público, bem como a segurança dos direitos e deveres individuais e coletivos³⁶³.

Referida intervenção não se limita ao caso brasileiro. Existem estudos que buscaram verificar a relação entre a Suprema Corte colombiana e o papel proativo por ela adota em questões como a Saúde³⁶⁴. Foi verificado que, em muitas situações, as decisões tomadas pelo Judiciário eram contrárias àquelas proferidas pelo próprio corpo técnico do executivo.

Situação similar apontada no mesmo trabalho ocorre no Brasil através da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Por muito, o Judiciário contrariava o entendimento da própria agência reguladora acerca do rol de coberturas relacionadas pela ANS: a reguladora entendia o rol como taxativo e o Judiciário passou a adotar o entendimento como exemplificativo, onerando o prestador de serviços regulados pela agência a prestar cobertura maior que aquela demandada pelo próprio regulador. Em

³⁶² Posner exemplifica “That is a more limited form of judicial intervention than a proceeding that begins in court rather than in an agency, but on the other hand it is common to provide parallel administrative and judicial remedies for the same harms, as in the case of antitrust, where one can bring a suit in federal court or file a complaint with the Federal Trade Commission, which can decide to institute an administrative proceeding, with eventual judicial review. A different kind of dual regulation is found in employment discrimination. A person complaining of discrimination in violation of federal law can file a suit in federal court. Alternatively the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) can file a suit in federal court on the person’s behalf; in neither case is that adjudication within the commission itself, unlike the anti-trust example”. POSNER, Richard A. *Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework*. In: **Regulation vs. litigation: perspectives from economics and law**. 2010, p. 22. Tradução Livre: “Essa é uma forma mais limitada de intervenção judicial do que um processo que começa no tribunal e não em uma agência, mas, por outro lado, é comum fornecer recursos administrativos e judiciais paralelos para os mesmos danos, como no caso antitruste, onde pode-se ajuizar ação na Justiça Federal ou apresentar queixa à Federal Trade Commission, que pode decidir pela instauração de processo administrativo, com eventual revisão judicial. Um tipo diferente de regulação dupla é encontrado na discriminação no emprego. Uma pessoa reclamando de discriminação em violação da lei federal pode entrar com uma ação no tribunal federal. Alternativamente, a Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) pode abrir um processo no tribunal federal em nome da pessoa; em nenhum dos casos essa adjudicação está dentro da própria comissão, ao contrário do exemplo antitruste”.

³⁶³ ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de et al. **O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. 2008.

³⁶⁴ SILVA, JEOVAN ASSIS DA; GUIMARÃES, Tomas Aquino. Agências reguladoras e tribunais: inter-relações entre Administração e Justiça. **Cadernos EBAPE. BR**, v. 18, p. 512-524, 2020.

julgamento do tema, finalizado em 2022, o Superior Tribunal de Justiça – STJ corroborou com o entendimento da agência reguladora, decidindo pela taxatividade do rol das coberturas³⁶⁵.

Neste sentido, demonstra-se que o Poder Judiciário sempre intervém quando o interesse público ou jurídico não está representado pelas ações adotadas através das agências reguladoras, reordenando o rumo tomado pela regulação e colocando a atividade em paridade com o interesse público e jurídico nacional³⁶⁶.

3.4. CONTROLE DO PODER EXECUTIVO

Vale ressaltar que as agências reguladoras são desenhadas no formato de autarquias, aquelas partes do poder público cujo objetivo é prestar um serviço que é de sua responsabilidade (atividades típicas da administração pública), tais como o saneamento, atividades de fiscalização e regulação³⁶⁷. A respeito da regulação, pontua-se que

However, a key element was the creation of independent or semi-independent regulatory agencies at the national level. They have proliferated, spreading both across new domains and in countries which previously had few such agencies. Once established, they have often become central actors in decision making. Moreover, their role raises issues of democratic legitimacy and accountability³⁶⁸.

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP No 1.886.929 – SP**, Voto do Min. Relator Luis Felipe Salomão. São Paulo/SP 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=161538412®istro_numero=202001916776&peticao_numero=202200671083&publicacao_data=20220909&formato=PDF. Acesso em: 28 Nov. 2022.

³⁶⁶ MOORE, Kathleen Dean. **Pardons: Justice, mercy, and the public interest**. Oxford University Press, 1997.

³⁶⁷ ROSENBLOOM, David H.; KRAVCHUK, Robert S.; CLERKIN, Richard M. **Public administration: Understanding management, politics, and law in the public sector**. Routledge, 2009.

³⁶⁸ THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. **West European Politics**, v. 25, n. 1, p. 125-147, 2002, p. 125. Tradução Livre: “No entanto, um elemento-chave foi a criação de agências reguladoras independentes ou semi-independentes em nível nacional. Eles proliferaram, espalhando-se por novos domínios e em países que anteriormente tinham poucas dessas agências. Uma vez estabelecidos, eles frequentemente se tornam atores centrais na tomada de decisões. Além disso, seu papel levanta questões de legitimidade democrática e responsabilidade”.

No Governo Federal do Brasil, por exemplo, algumas autarquias elencadas são o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários³⁶⁹, bem como aquelas agências reguladoras federais já citadas anteriormente. Mesmo exercendo funções típicas da administração pública³⁷⁰, as autarquias são um tipo de órgão desenhado para exercer tais funções de forma mais descentralizada, possuindo então personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, como se explica sobre as Independent Regulatory Agencies (IRA):

(...) minimum requirements for inclusion as an IRA refer to the formal institutional position and comprise the following: the agency has its own powers and responsibilities under public law; it is organisationally separated from ministries; it is neither directly elected nor managed by elected officials. The autonomy of IRAs in practice from their principals and from regulatees is considered separately under the consequences of delegation³⁷¹.

As autarquias são criadas diretamente pela pessoa jurídica estatal, dependendo da criação de lei específica de iniciativa do chefe do Poder Executivo correspondente³⁷², sendo extinguíveis apenas através desse formato (lei específica). Diz-se que uma autarquia está mais próxima de um regime especial quanto maior for a sua independência, isto é, as agências reguladoras e o Banco Central gozam de maior independência e autonomia em face da administração direta³⁷³. O que está consolidado é que, em relação ao poder que a criou, a agência reguladora está sujeita

³⁶⁹ Thatcher aponta que “The creation, design and consequences of independent regulatory agencies (‘IRAs’) represent a classic example of delegation to non-majoritarian institutions. They are created by legislation; hence elected officials are their principals. They are organisationally separate from governments and headed by unelected officials. They are given powers over regulation, but are also subject to controls by elected politicians and judges”. THATCHER, Mark. *Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation*. 2002, p. 125. Tradução Livre: “The creation, design and consequences of independent regulatory agencies (‘IRAs’) represent a classic example of delegation to non-majoritarian institutions. They are created by legislation; hence elected officials are their principals. They are organizationally separate from governments and headed by unelected officials. They are given powers over regulation, but are also subject to controls by elected politicians and judges”.

³⁷⁰ BRASIL, Governo Federal. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

³⁷¹ THATCHER, Mark. *Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation*. 2002, p. 127. Tradução Livre: “os requisitos mínimos para inclusão como IRA referem-se à posição institucional formal e compreendem o seguinte: a agência tem poderes e responsabilidades próprios de direito público; está organizacionalmente separada dos ministérios; não é diretamente eleito nem administrado por funcionários eleitos. A autonomia dos IRAs na prática de seus diretores e de regulamentos é considerada separadamente sob as consequências da delegação”.

³⁷² CF, art. 37, XIX.

³⁷³ DE BRITO ALVES, Fernando; ABILIO, Juan Roque. O poder regulador das agências reguladoras e as garantias democráticas: questões críticas. **JURIS-Revista da Faculdade de Direito**, 2017, 27.2: 155-188.

a uma “tutela administrativa”, um “controle finalístico”. No âmbito federal, é também chamada de “supervisão ministerial”³⁷⁴.

Antes de discutir tais conceitos, é importante resgatar a importância da descentralização na administração pública. Com o progressivo crescimento do Executivo pelo aumento de suas funções em relação aos administrados, foi demandado descongestionamento da sua organização, dando surgimento a formas mais descentralizadas de prestação das suas atividades³⁷⁵ - motivo de criação da

³⁷⁴ Para aprofundar a discussão, traz-se três sentidos de “responsabilidade” no contexto da Administração Pública, quais sejam: “*Responsibility as “capacity”*”: It refers to the ability or the authority of the public servant to act. Responsibility in this sense implies the existence of a set of laws and regulations that define the capacity or the authority of the public official to perform his or her duties. A set of rules and regulations that operate both as an obligation to act - functions, duties - and as a limit for this action. In a more specific manner, responsibility is frequently used in this sense to mean a specific “task”, or the “authority” of the public official.; *Responsibility as “accountability”*”: It refers to the obligation that public officials have of providing information, explanations and/or justifications to a superior authority - internal or external - for their performance in the execution of their functions. In this sense, one can say that public administration is not an irresponsible activity, but rather is always a “responsible” one, for - even in non democratic systems - there is always the duty for public officials to give account for their activity and, therefore, to be subject to a judgement or evaluation of a superior authority. The difference lies, for sure, in the manner in which this accountability takes place - processes, criteria, before whom, consequences, etc.; *Responsibility as “liability”*”: It refers to the assumption of the consequences of one's own acts and, sometimes, also of acts carried out by others, when these acts take place within the field of authority of the ultimate responsible administrator. The consequences of this dimension of responsibility are normally fixed by law and can vary a lot, depending on the legal order of each country. In general terms, these consequences may imply the imposition of a sanction - resignation, dismissal, disciplinary penalty, etc.- and the compensation for the damage caused, but they may also have positive implications for the official that acted correctly or in an exemplary manner”. CENDON, Antonio Bar. *Accountability and public administration: Concepts, dimensions, developments. Openness and transparency in governance: Challenges and opportunities*, v. 22, p. 61, 2000, p. 25. Tradução Livre: ““Responsibility as “capacity”: It refers to the ability or the authority of the public servant to act. Responsibility in this sense implies the existence of a set of laws and regulations that define the capacity or the authority of the public official to perform his or her duties. A set of rules and regulations that operate both as an obligation to act - functions, duties - and as a limit for this action. In a more specific manner, responsibility is frequently used in this sense to mean a specific “task”, or the “authority” of the public official.; Responsibility as “accountability”: It refers to the obligation that public officials have of providing information, explanations and/or justifications to a superior authority - internal or external - for their performance in the execution of their functions. In this sense, one can say that public administration is not an irresponsible activity, but rather is always a “responsible” one, for - even in non democratic systems - there is always the duty for public officials to give account for their activity and, therefore, to be subject to a judgment or evaluation of a superior authority. The difference lies, for sure, in the manner in which this accountability takes place - processes, criteria, before whom, consequences, etc.; Responsibility as “liability”: It refers to the assumption of the consequences of one's own acts and, sometimes, also of acts carried out by others, when these acts take place within the field of authority of the ultimate responsible administrator. The consequences of this dimension of responsibility are normally fixed by law and can vary a lot, depending on the legal order of each country. In general terms, these consequences may imply the imposition of a sanction - resignation, dismissal, disciplinary penalty, etc.- and the compensation for the damage caused, but they may also have positive implications for the official who acted correctly or in an exemplary manner”.

³⁷⁵ Sobre o conceito de descentralização da Administração Pública, “Several of the dynamic definitions explicitly refer to decentralization as a 'process'. For example: “... the process of spreading out of formal authority from a smaller to a larger number of actors.”. Nevertheless, most speak less explicitly in terms

administração indireta, da qual as agências reguladoras fazem parte, valorizando o processo de especialização de cada parte dessa administração³⁷⁶. Ou seja, é necessário que existam pessoas jurídicas exclusivamente para se ocupar com a realização de algum dos interesses da sociedade³⁷⁷.

Assim, a tutela administrativa é um instituto encarregado de vigiar as atividades das pessoas jurídicas descentralizadas³⁷⁸. Trata-se de um instituto de vigilância ininterrupta, realizada pelo poder central, para garantir a execução dos interesses do órgão tutelado. Trata-se de uma emancipação que não implica em abandono. Para Cretella Júnior³⁷⁹,

Instituições de fiscalização, vigilância, tutela, estruturam-se no intuito bastante evidente de garantir a perfeição articulatória do organismo, sintonizando-se a finalidade de cada uma das seções menores com o fim público, objetivado pelo organismo maior. É o todo que multiplica, ampliando, suas partes, mas estas, num processo contínuo de reversibilidade, atuam com absoluta sincronia, a fim de garantir a unidade do sistema.

A tutela administrativa, da qual as agências reguladoras são o sujeito passivo, não é confundível com hierarquia, pois esta corresponde à centralização administrativa, enquanto a tutela diz respeito à descentralização³⁸⁰. O poder executivo

of “transfer,” “spreading out,” “dispersion,” “moving,” “placing,” “shifting,” “devolution,” or “delegation.” For example: “... any transfer of powers or functions of government from national level to any sub-national level”. Static definitions use words such as “range,” “degree,” and “extent.” A typical example is Bossert’s (1998, p. 1514) definition of decentralization: “... the range of choice that is available to local decision-makers along a series of key functional dimensions.” DUBOIS, Hans FW; FATTORE, Giovanni. Definitions and typologies in public administration research: the case of decentralization. *Intl Journal of Public Administration*, v. 32, n. 8, p. 704-727, 2009, p. 707-708. Tradução Livre: “Várias das definições dinâmicas referem-se explicitamente à descentralização como um ‘processo’. Por exemplo: “...o processo de espalhar a autoridade formal de um número menor para um maior número de atores.”. No entanto, a maioria fala menos explicitamente em termos de “transferência”, “espalhamento”, “dispersão”, “mudança”, “colocação”, “mudança”, “devolução” ou “delegação”. Por exemplo: “...qualquer transferência de poderes ou funções de governo do nível nacional para qualquer nível subnacional”. As definições estáticas usam palavras como “intervalo”, “grau” e “extensão”. Um exemplo típico é a definição de descentralização de Bossert (1998, p. 1514): “... o leque de escolhas que está disponível para os tomadores de decisão locais ao longo de uma série de dimensões funcionais chave”.

³⁷⁶ RAADSCHELDERS, Jos CN. **Public administration: The interdisciplinary study of government**. Oxford University Press, 2011.

³⁷⁷ CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. The dynamics of decentralization and recentralization. *Public Administration*, v. 78, n. 2, p. 389-408, 2000.

³⁷⁸ ROWE, Gerard C. Administrative supervision of administrative action in the European Union. In: **Legal Challenges in EU Administrative Law**. Edward Elgar Publishing, 2009.

³⁷⁹ CRETELLA Júnior. **Definição da tutela administrativa**. Revista Direito Administrativo, p. 28-40. Rio de Janeiro, 1969. p. 29.

³⁸⁰ BLAU, Peter M. The hierarchy of authority in organizations. *American journal of Sociology*, v. 73, n. 4, p. 453-467, 1968

não pode deixar uma agência reguladora sem observação de suas atividades, para que não se prejudique com isso o objetivo que estabeleceu a sua criação³⁸¹.

Além disso, Vedel³⁸² comenta que essa tutela se exerce no sentido de fazer respeitar a legalidade, evitar possíveis abusos e preservar o interesse nacional em relação aos interesses locais ou técnicos. Isso mostra que a tutela, para o Direito Administrativo, é mais uma responsabilidade do que um poder, uma vez que, sem poder exercer a atividade da agência reguladora ou entrar em seu mérito técnico, o poder à qual está submetida deve se assegurar de que tal atividade está ocorrendo dentro dos limites legais.

Um sinônimo de tutela administrativa, o controle finalístico (também diverso do controle hierárquico) é aquele estabelecido para as entidades autônomas, indicando a autoridade controladora, com as faculdades a serem exercidas e as finalidades objetivadas³⁸³.

Cuida-se de um controle por vinculação, já que as autarquias estão vinculadas a certo poder, e não um controle por subordinação. É considerado também um controle teleológico, de verificação do enquadramento da instituição no programa geral do poder ao qual está vinculada, bem como dos atos de seus dirigentes e do desempenho de suas funções estatutárias³⁸⁴. A supervisão ministerial é derivada dos conceitos anteriores e é aplicada em autarquias do governo federal, uma vez que vinculadas aos ministérios e por eles supervisionadas. É obrigatória a todas as entidades da administração indireta³⁸⁵.

Nesse escopo, pode-se inferir que os riscos de uma regulação totalmente autônoma envolvem uma atuação fora dos limites legais, de forma abusiva que prejudique ou os consumidores ou os prestadores dos serviços, além do não

³⁸¹ HOPENHAYN, Hugo; LOHMANN, Susanne. Fire-alarm signals and the political oversight of regulatory agencies. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 12, n. 1, p. 196-213, 1996.

³⁸² Droit administratif, 3.a ed., 1964, p. 487 *apud* CRETELLA Júnior. **Definição da tutela administrativa**. Rio de Janeiro, 1969. p. 36.

³⁸³ MEIRELLES, H.L.; ALEIXO, D.B.; BURLE FILHO, J.E. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 742

³⁸⁴ MEIRELLES, H.L.; ALEIXO, D.B.; BURLE FILHO, J.E. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

³⁸⁵ BRASIL, Governo Federal. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

cumprimento do interesse público objetivado com a prestação de tais serviços. Considerando, como mencionado anteriormente, que muitas agências regulam serviços que não são prestados sob um mercado de concorrência livre, pode-se citar preço alto e/ou falta de qualidade na prestação como grandes riscos, além da falta de resolução de conflitos entre cliente e prestador.

Quando se trata, por outro lado, de uma regulação muito dependente em relação ao chefe do Executivo, os riscos podem estar relacionados à tomada de decisões não seguindo o mérito técnico, no sentido de prejudicar a confiabilidade dos contratos que regem os serviços, provocando uma incerteza jurídica em relação a tais dispositivos.

Isso ocorre pelo risco político de os chefes do Executivo não cumprirem o princípio da impessoalidade, valendo-se da administração pública para a satisfação de seus interesses relacionados ao privilégio de parceiros políticos ou de reeleição, por exemplo. É tentadora a possibilidade de evitar um reajuste de tarifas para um Prefeito ou Governador que está em ano de eleições e não quer se ver prejudicado junto aos eleitores.

Complementando a discussão, Mesquita³⁸⁶ salienta que

Em geral, a autarquia é o avião - tem autonomia de vôo, dependendo de quanto combustível se der, e poderá ser mais ou menos livre ou capaz de vencer distâncias. Mas, se num determinado momento, se resolve tirar o combustível, o avião perde sua autonomia. A independência da agência é a do pássaro, aquela que é dada por lei. Pela lei da natureza, ainda que um pássaro não seja capaz de voar milhares de quilômetros, ele conseguirá voar uma dada distância, independente do combustível que alguém resolva lhe dar. É a lei natural que define, a priori, quanto ele poderá voar.

O autor enumera ainda os tipos de independência que a agência pode ter: independência decisória (como a instância administrativa final) e a independência política (mandato dos dirigentes), além do complemento da autonomia financeira (receita própria vinda da taxa de regulação), patrimonial e de gestão³⁸⁷. Em relação ao peso do mandato dos dirigentes, tem-se que

³⁸⁶ MESQUITA, Alvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro: problemas e soluções. **Brasília a. 42**, n. 166: Brasília, 2016, p. 32-33.

³⁸⁷ Morrison traz características: "Typically, they are multi-member bodies, they usually have both rulemaking and adjudicative functions, and there are often limits on the number of members of one political party who may serve on them at any one time. None of these is a necessary ingredient, nor are they unique to independent agencies". MORRISON, Alan B. How independent are independent

Thus, the term (independent agency) may be defined in many ways, but for me an independent agency is one whose members may not be removed by the President except for cause, rather than simply because the President no longer wishes them to serve, much as he could dismiss the Secretary of State or other high officials in his administration. To be sure, there are other characteristics generally associated with independent agencies³⁸⁸.

Visto que há vulnerabilidade da autonomia das Agências Reguladoras em função de o Executivo interferir em suas atividades, o fundamento da criação das agências é ser um ente administrativo com alta especialização e totalmente impermeável ao momento político e à estrutura governamental do momento³⁸⁹. Assim, quais mecanismos foram pensados no sentido de reduzir esse nível de influência?

Esses mecanismos, resgatando o entendimento de Almeida acima expresso, são divididos em dois tipos: o primeiro consiste em tornar a agência o mais especializada possível, para que o nível de tecnicidade de suas decisões a torne altamente confiável e, assim, independente de auxílio de esferas “mais altas” do executivo³⁹⁰. Em estudo realizado em 2020, o Trata Brasil³⁹¹ buscou observar a qualidade da regulação (dos prestadores de serviços de saneamento) e, para isso, observou se as agências participantes cumpriam alguns requisitos.

Em relação à diretoria de cada agência, por exemplo, o estudo dá atenção ao número de participantes e ao tempo no cargo. Tais aspectos podem impactar

regulatory agencies. **Duke LJ**, 1988, p. 252. Tradução Livre: “Normalmente, eles são órgãos multi-membros, geralmente têm funções de regulamentação e adjudicação, e muitas vezes há limites para o número de membros de um partido político que podem servir neles a qualquer momento. Nenhum deles é um ingrediente necessário, nem são exclusivos de agências independentes”.

³⁸⁸ MORRISON, Alan B. How independent are independent regulatory agencies. 1988, p. 252. Tradução Livre: “Assim, o termo pode ser definido de várias maneiras, mas para mim uma agência independente é aquela cujos membros não podem ser removidos pelo Presidente, exceto por justa causa, e não simplesmente porque o Presidente não deseja mais que eles sirvam, por mais que ele poderia demitir o Secretário de Estado ou outros altos funcionários de sua administração. Certamente, existem outras características geralmente associadas com agências independentes”.

³⁸⁹ MORRISON, Alan B. How independent are independent regulatory agencies. **Duke LJ**, 1988.

³⁹⁰ BRAITHWAITE, John; WALKER, John; GRABOSKY, Peter. An enforcement taxonomy of regulatory agencies. **Law & Policy**, v. 9, n. 3, p. 323-351, 1987.

³⁹¹ “O Instituto Trata Brasil, em parceria com a KPMG, publica o estudo “Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria”, que aborda diversas frentes dos serviços de regulação no Brasil, com avaliação sobre as entidades reguladoras locais, um benchmarking internacional e um balanço sobre o benefício ao consumidor. Ao que tange os agentes reguladores estudados no relatório, foram ouvidos 15 entes regulatórios, sendo 5 Municipais; 05 Intermunicipais e 05 Estaduais. Juntos, eles regulam os serviços de saneamento para 39 milhões de pessoas (19% da população do Brasil)”. INSTITUTO TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria**. Instituto Trata Brasil, 2021. Disponível em: <<https://www.tratabrasil.org.br/pt/estudos/estudos-itb/itb/qualidade-da-regulacao-do-saneamento-no-brasil-2022-02-03-16-06-05>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

positivamente a atuação das engrenagens das agências. As agências participantes, em resumo, apresentaram um número médio entre três e quatro diretores (o menor número foi de dois diretores e o maior foi de sete diretores), com uma média de tempo no cargo entre três e quatro anos (tempo mínimo de um mês e máximo de dez anos).

Além disso, 73% das agências participantes definem seus diretores por ato complexo. Isso é importante porque confere maior credibilidade ao processo de tecnificação da AR. Em relação ao presidente, 33% das participantes os definem com base em eleição, o que é mais eficiente em alguns casos.

O estudo traz um índice de qualidade dessas agências reguladoras, que representa os resultados obtidos nas seguintes áreas: governança; finanças; quadro de pessoal e capacitação; processos de tomada de decisão; agenda regulatória; regulação técnica; regulação econômica; transparência e controle social. O resultado é expresso em forma de percentual, que mostra o quanto a agência está adequada às melhores e fundamentais práticas de cada um dos aspectos.

Comparando as regiões brasileiras, a região nordeste obteve o pior resultado médio (60,65% de desempenho nas áreas), as regiões sudeste e norte obtiveram resultados muito próximos (cerca de 68%), a região sudoeste teve resultado médio de 72,80% e o centro-oeste apresentou o maior índice médio, de 77,50%.

Em relação ao tema de governança³⁹², a tabela XX resume os resultados obtidos com as agências participantes:

Item	Sim	Não
A presidência é escolhida por eleição?	40%	60%
É vedada a recondução por mais de um mandato da presidência?	40%	60%
Os diretores/dirigentes são escolhidos por ato complexo?	80%	20%
Os diretores/dirigentes devem possuir formação em nível superior?	93%	7%
Os diretores/dirigentes devem possuir experiência em saneamento?	47%	53%
Os diretores/dirigentes devem possuir experiência em regulação?	33%	67%
Os diretores/dirigentes possuem mandatos fixos e não coincidentes?	87%	13%

³⁹² Aceita-se aqui o seguinte conceito de governança: “governança diz respeito aos meios e processos que são utilizados para produzir resultados eficazes”. GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. **XIV Encontro do Conpedi**, v. 16, 2005, p. 14.

Item	Sim	Não
Os diretores/dirigentes possuem estabilidade no cargo?	87%	13%
Os diretores/dirigentes, quando exonerados, devem cumprir quarentena?	87%	13%
A agência realiza planejamento estratégico para definição de metas e investimentos?	100%	0%

Fonte: Trata Brasil³⁹³.

Em relação à escolha do presidente da agência, nota-se que o estudo dá certa atenção à forma de escolha, se é ou não por eleição. O resultado mostra que a menor parte é escolhida por eleição. Quando se trata de independência, os estudos geralmente tomam a forma de escolha do presidente como impactante no nível de independência das agências. No entanto, segundo o estudo,

If we are correct, our findings imply that appointment method should be dropped from indices of independence. This is an important finding, since the choice of appointment method features in every index of independence of which we are aware. If appointment provisions are unrelated to formal independence, why have they been treated as if they were? One possibility is that while the appointment method is unrelated to formal independence, it may be related to actual independence. Nevertheless, future research should assess the exact relationship between the appointment method and formal and actual independence³⁹⁴.

Em relação ao aspecto das finanças, todas as agências participantes do estudo do Trata Brasil possuem fontes de receita próprias, e em 27% delas o valor arrecadado não retorna integralmente para a agência. A execução financeira dessas agências é descentralizada em 67% dos casos e apenas 53% delas investem mais de 10% da sua receita em ações para a melhoria da regulação do saneamento. Todas as agências observadas possuem Portal da Transparência em sua página na *internet*³⁹⁵.

Sobre o quadro de pessoal das agências, 13% não possuem engenheiro ambiental e/ou sanitarista em exercício; 93% delas possuem pelo menos um engenheiro civil, economista, contador e administrador em seu quadro; todas possuem advogado em exercício. Apenas 60% das agências possuem programa de

³⁹³ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria**. Instituto Trata Brasil, 2021. p. 113-118.

³⁹⁴ HANRETTY, Chris; KOOP, Christel. Measuring the formal independence of regulatory agencies. **Journal of European Public Policy**, 2012, v. 19, n. 2, p. 198-216.

³⁹⁵ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria**. Instituto Trata Brasil, 2021. p. 119-124.

capacitação permanente para seus funcionários, e 40% delas não realizam avaliação de desempenho de seu pessoal técnico³⁹⁶.

Sobre os processos de tomada de decisão das agências, todas responderam que são normatizados e grande maioria considera alternativas não-normativas para resolver seus problemas regulatórios. Em 80% delas as decisões são tomadas por uma diretoria colegiada. Apenas 73% das agências têm atas ou outras formas de dar publicidade às reuniões da diretoria colegiada, e 20% não inicia um processo formal para identificar os atores e grupos afetados antes de elaborar um normativo, o que dá maior credibilidade às suas determinações. A maioria das agências não publicam em seus *sítes* os estudos ou relatórios com análises aprofundadas dos problemas de seu cotidiano regulatório.

Um ponto interessante de ser destacado, na seara dos processos de tomada de decisão, é que todas as agências responderam que definem previamente os resultados esperados quando tomam uma decisão referente a uma nova regra (ou revisão de regra), mas 33% delas não estabelecem formas de medir os resultados alcançados e a maioria não define uma periodicidade para análise dos resultados alcançados³⁹⁷. As agências se pautam em premissas ao tomar suas decisões, mas a maioria não tem total compromisso com o alcance de tais premissas, mostrando certo nível de superficialidade em tais decisões.

Um dispositivo interessante que vem sendo utilizado por agências reguladoras na elaboração de normativos tem sido a Análise de Impacto Regulatório (AIR). De acordo com a OCDE, a AIR é o

processo de identificação e avaliação sistemática dos efeitos expectáveis de propostas regulatórias, usando um método analítico consistente, como a análise custo-benefício³⁹⁸.

No estudo do Trata Brasil, verificou-se também que 67% das agências realizam a AIR. Entre as agências municipais e intermunicipais, apenas 60% realizam-no, o

³⁹⁶ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria**. Instituto Trata Brasil, 2021. p. 125-130.

³⁹⁷ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria**. Instituto Trata Brasil, 2021. p. 135-136.

³⁹⁸ OCDE (2008) *apud* ANACOM. Análise de Impacto Regulatório: Objetivos, Metodologias e Casos de Estudo Relevantes no Sector das Comunicações Eletrónicas. ANACOM, 2015. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/AIR_estudoSetembro2015.pdf?contentId=1378073&field=ATTACHED_FILE>. Acesso em: 08 set. 2022.

que mostra que falta essa maturidade em agências “menores”³⁹⁹. Uma agência técnica deve ser capaz de mensurar riscos e ganhos, analisar e dar publicidade às suas tomadas de decisão em relação aos serviços prestados, mostrando também um cuidado extremo para com tais assuntos⁴⁰⁰.

Em se tratando de seu corpo técnico, mesmo que haja atos complexos e eleições para a definição da diretoria e do presidente, tais mecanismos podem ser burlados pela pressão política relacionada aos cargos. Isso, além de outras fragilidades no modelo, foi apontado por Morrison perto da década de 90, para agências nos Estados Unidos:

The basic question to be asked is, how independent are independent agencies? The answer, it seems to me, is "not very." The key person at the independent agencies is the chairman who can be redesignated on an annual basis by the President. In addition, the agency's budget must go through the Office of Management and Budget (OMB), and, with only a minor wrinkle or two, the independents are subject to the requirements of the Paperwork Reduction Act' and OMB's authority over the Act. It is true that independent regulatory agencies are not yet subject to the requirements of Executive Order No. 12,291,2 concerning the issuance of rules, but the fact remains that independent agencies are still heavily affected by the White House, especially on important issues, and especially for those members who are interested in being reappointed. Thus, while the independents are more independent than the executive agencies, the difference in my view is not substantial⁴⁰¹.

Assim, o concurso público é uma forma importante de assegurar que os membros da equipe reguladora não estejam sujeitos à exoneração arbitrária do poder público, o que pode causar desmontes com as trocas de mandatos políticos, e garante que suas decisões serão técnicas e não politicamente motivadas. Na época de implantação das primeiras agências no Brasil, foi publicada a Lei n. 9.986/2000, que dispunha a respeito dos recursos humanos das agências reguladoras e seu plano de

³⁹⁹ INSTITUTO TRATA BRASIL. Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria. **Instituto Trata Brasil**, 2021. p. 134.

⁴⁰⁰ LEUENBERGER, Deniz Zeynep; BARTLE, John R. **Sustainable development for public administration**. Routledge, 2014.

⁴⁰¹ MORRISON, Alan B. How independent are independent regulatory agencies. **Duke LJ**, 1988, p. 253. Tradução Livre: “A pergunta básica a ser feita é: quão independentes são as agências independentes? A resposta, parece-me, é “não muito”. A pessoa-chave nas agências independentes é o presidente, que pode ser redesignado anualmente pelo presidente. Além disso, o orçamento da agência deve passar pelo Office of Management and Budget (OMB) e, com apenas uma pequena alteração ou duas, os independentes estão sujeitos aos requisitos da Lei de Redução da Burocracia e à autoridade do OMB sobre a Lei. É verdade que as agências reguladoras independentes ainda não estão sujeitas às exigências da Ordem Executiva nº 12.291,2 sobre a emissão de regras, mas o fato é que as agências independentes ainda são fortemente afetadas pela Casa Branca, especialmente em questões importantes, e especialmente para aqueles membros que estão interessados em ser renomeados. Assim, embora os independentes sejam mais independentes do que as agências executivas, a diferença, a meu ver, não é substancial”.

carreira, prevendo que o regime de emprego público seria adotado para a efetivação do pessoal concursado. No entanto, tal regime foi considerado inconstitucional, o que inviabilizou a realização de concursos e alargou a contratação de pessoal temporário⁴⁰².

Até hoje em dia, contudo, muitas agências sofrem com a falta de concursos públicos para o setor, principalmente aquelas que não são agências federais ou estaduais. As agências federais, desde muitos anos atrás iniciaram os concursos para provimento de cargos. Em 2012, por exemplo, haviam sido autorizados ou encontravam-se em realização concursos públicos para mais de 795 novos ocupantes de cargos em carreiras principais dessas agências⁴⁰³.

A realização ou não realização de concursos públicos mostra o nível de avanço da agência. A ADASA, por exemplo, no Distrito Federal, teve sua criação em junho de 2004 e seu primeiro concurso em 2009, realizando um novo concurso em 2020. A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados e Contratados do Estado do Amazonas (ARSEPAM), criada em 2009 e não foi encontrado registro de concursos para provimento de pessoal efetivo em seu âmbito. Ao contrário disso, em 2020 o governo do estado elaborou lei que permite a contratação temporária para cargos na agência⁴⁰⁴.

A Agência Reguladora Municipal de Belém – ARBEL, criada pela lei 9.576/2020, que regula serviços para uma população de cerca de um milhão e meio de pessoas, não tem ainda concurso no radar e sua própria fundação foi tardia, mostrando que a cidade tem um atraso em relação a outras capitais do país e corre o maior risco de ser capturada pelo Poder Executivo ou mesmo pela Concessionária.

⁴⁰² MESQUITA, Alvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro: problemas e soluções. **Brasília a.** 42, n. 166: Brasília, 2016, p. 32.

⁴⁰³ BRASIL. Presidência da República. **Recursos humanos das Agências Reguladoras:** situação atual, diagnóstico e recomendações. Brasília: Presidência da República, 2013.

⁴⁰⁴ Amazonas: governo muda Arsam para Arsepam com 58 cargos comissionados e 10 de conselheiro. Jornal 18 horas, Mix 100.7 FM Manaus. 2020. Disponível em: <https://18horas.com.br/amazonas/am-governo-muda-arsam-para-arsepam-com-58-cargos-comissionados-e-10-de-conselheiro/>. Acesso em: 08 set. 2022.

CAPÍTULO 4

PRODUTOS DA REGULAÇÃO NA SOCIEDADE

4.1. A REGULAÇÃO DO MERCADO E O BEM-ESTAR SOCIAL

Este tópico tem como objetivo abordar a atuação das agências reguladoras na promoção da ordem econômica⁴⁰⁵, objeto constitucional presente na Constituição Federal de 1988, vigente no Brasil até os dias atuais. Inicialmente, vale lembrar, a economia não era exatamente uma preocupação estatal, sendo pautada no liberalismo⁴⁰⁶. Ao discutir a ordem econômica natural (*natural economic order*), Gessell⁴⁰⁷ defende a sua adequação à natureza humana:

The economic order here discussed is a natural order only in the sense that it is adapted to the nature of man. It is not an order which arises spontaneously as a natural product. Such an order does not, indeed, exist, for the order which we impose upon ourselves is always an act, an act consciously willed. The proof that an economic order is suited to the nature of man is furnished by observation of mankind's development. The economic order under which men thrive is the most natural economic order. Whether an economic order which stands this test is at the same time technically the most efficient order, whether it provides the bureau of trade statistics with record figures is a matter of secondary importance. At the present day it is easy to imagine an economic system of high technical efficiency coupled with gradual exhaustion of the human material. It may, however, be taken for granted that an economic order under which mankind thrives will also prove its technical superiority. For human work can, ultimately, only advance with the advance of the human race. "Man is the measure of all things" including the economic system under which he lives⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Alguns assuntos da ordem econômica são trazidos por Hamilton: "'Institutional economics" alone meets the demand for a generalized description of the economic order. Its claim is to explain the nature and extent of order amid economic phenomena, or those concerned with industry in relation to human well-being". HAMILTON, Walton H. The institutional approach to economic theory. **The American Economic Review**, v. 9, n. 1, p. 309-318, 1919, p. 311. Tradução Livre: "A 'economia institucional' sozinha atende à demanda por uma descrição generalizada da ordem econômica. Sua pretensão é explicar a natureza e extensão da ordem em meio aos fenômenos econômicos, ou aqueles relacionados com a indústria em relação ao bem-estar humano".

⁴⁰⁶ "The world economy in the period before 1914 was one of untrammelled global capitalism. Politically, this was the golden age of classical liberal capitalism, which was the dominant ideology of the era, especially in Britain". QUIGGIN, John. **Economic liberalism: Fall, revival and resistance**. 2005, p. 05. Tradução livre: "A economia mundial no período anterior a 1914 era de capitalismo global desenfreado. Politicamente, esta foi a idade de ouro do capitalismo liberal clássico, que era a ideologia dominante da época, especialmente na Grã-Bretanha".

⁴⁰⁷ GESELL, Silvio. **The natural economic order**. London: Owen, 1958.

⁴⁰⁸ GESELL, Silvio. **The natural economic order**. 1958, p. 01. Tradução Livre: "A ordem econômica aqui discutida é uma ordem natural apenas no sentido de que é adaptada à natureza do homem. Não é uma ordem que surge espontaneamente como um produto natural. Tal ordem, de fato, não existe, pois a ordem que impomos a nós mesmos é sempre um ato, um ato conscientemente desejado. A

Nessa ordem natural “founded upon egoism everyone must be assured the full proceeds of his own labour, and must be allowed to dispose of these proceeds as he thinks fit”⁴⁰⁹, de forma que

Anyone who finds satisfaction in sharing his wages, his income, his harvest, with the poor may do so. Nobody requires, but nobody hinders such action. It has been said that the most cruel punishment imaginable is to bring a man among sufferers crying aloud for help which he is unable to give them. To this terrible situation we condemn each other if we build economic life on any other basis than egoism; if we do not allow everyone to dispose as he thinks fit of the proceeds of his labour⁴¹⁰.

Assim, o egoísmo é uma base importante para o sucesso e a prosperidade das pessoas, sendo a “caridade” apontada como uma parte que não se encaixa nesse estilo de organização da sociedade. Quando se aborda essa caridade, entende-se como a distribuição da riqueza entre os indivíduos da sociedade, o que demanda intervenção. Gessel, semelhante a muitos outros autores, entende que a ordem econômica e o seu sucesso⁴¹¹ dependem da naturalidade do processo, ou seja, excluindo-se a intervenção⁴¹², ao afirmar, por exemplo, que

prova de que uma ordem econômica é adequada à natureza do homem é fornecida pela observação do desenvolvimento da humanidade. A ordem econômica sob a qual os homens prosperam é a ordem econômica mais natural. Se uma ordem econômica que resiste a esse teste é ao mesmo tempo tecnicamente a ordem mais eficiente, se ela fornece números recordes ao Bureau of Trade Statistics é uma questão de importância secundária. Nos dias de hoje é fácil imaginar um sistema econômico de alta eficiência técnica aliado ao gradual esgotamento do material humano. Pode-se, no entanto, tomar como certo que uma ordem econômica sob a qual a humanidade prospera também provará sua superioridade técnica. Pois o trabalho humano só pode, em última análise, avançar com o avanço da raça humana. “O homem é a medida de todas as coisas”, incluindo o sistema econômico sob o qual ele vive”.

⁴⁰⁹ GESELL, Silvio. **The natural economic order**. 1958, p. 02. Tradução Livre: “fundada no egoísmo, todos devem ter assegurado o rendimento total de seu próprio trabalho e devem ser autorizados a dispor desses rendimentos como acharem adequado”.

⁴¹⁰ GESELL, Silvio. **The natural economic order**. 1958, p. 02. Tradução Livre: “Qualquer um que encontre satisfação em compartilhar seu salário, sua renda, sua colheita com os pobres, pode fazê-lo. Ninguém exige, mas ninguém impede tal ação. Já foi dito que a punição mais cruel que se pode imaginar é trazer um homem entre os sofrendores clamando por ajuda que ele não pode dar. A esta terrível situação nos condenamos mutuamente se construímos a vida econômica em qualquer outra base que não seja o egoísmo; se não permitirmos que cada um disponha como bem entender do produto de seu trabalho.”

⁴¹¹ Assunto esse que muito preocupa economistas e outros cientistas sociais, como se vê em Tribe: “The constant concern below is the conditions under which economic order can be installed, manufactured, maintained, restored: to delineate the conditions under which the endless variety of everyday economic activity can be conceived as an orderly, rather than as a disorderly, process”. TRIBE, Keith. **Strategies of economic order: German economic discourse, 1750-1950**. Cambridge University Press, 2007, p. 04. Tradução Livre: A preocupação constante abaixo são as condições sob as quais a ordem econômica pode ser instalada, fabricada, mantida, restaurada: para delinear as condições sob as quais a infinita variedade da atividade econômica cotidiana pode ser concebida como um processo ordenado, em vez de desordenado.

⁴¹² O autor também entende que as características humanas naturais devem ser as únicas relevantes no processo: “The Natural Economic Order must, therefore, be founded upon self-interest. Economic life makes painful demands upon the will, for great natural indolence must be overcome; it requires,

The prosperity of mankind, as of all living beings, depends in the main upon whether selection takes place under natural laws. But these laws demand competition. Only through competition, chiefly competition in the economic sphere, is right evolution, eugenesis, possible. Those who wish to ensure the full miraculous effects of the laws of natural selection must base their economic order upon competition under the conditions really decreed by nature, that is, with the weapons furnished by nature after the exclusion of all privileges⁴¹³.

Como foi apontado, a inclusão desse tema no dispositivo constitucional coincide com o declínio do liberalismo e a ascensão de formas não liberais de intervenção estatal na economia. A queda do liberalismo foi fruto de crises econômicas, como aponta Quiggin:

By 1914, however, the global economy of liberal capitalism faced external and internal stresses which seemed likely to result in major structural changes. The rising economic powers, Germany and the United States, pursued protectionist trade policies, providing an apparent counter-example to the liberal belief in the optimality of free trade⁴¹⁴.

Esses problemas econômicos, aliados à Grande Depressão de 1929 levaram ao descrédito do liberalismo⁴¹⁵ e ao espaço para um novo tipo de pensamento, o

therefore, strong impulses, and the only impulse of sufficient strength and constancy is egoism. The economist who calculates and builds upon egoism, calculates correctly and builds for all time. The religious precepts of Christianity must not, therefore, be transferred to economic life, where their only effect is to produce hypocrisy. Spiritual needs arise only when bodily needs have been satisfied, and economic effort should satisfy the bodily needs. It would be preposterous to start work with a prayer or poem. "The mother of the useful arts is want; the mother of the fine arts is superfluity" says Schopenhauer. In other words, we beg when hungry and pray when fed". GESELL, Silvio. **The natural economic order**. 1958, p. 02. Tradução Livre: "A Ordem Econômica Natural deve, portanto, ser fundada no interesse próprio. A vida econômica faz exigências dolorosas à vontade, pois a grande indolência natural deve ser superada; requer, portanto, impulsos fortes, e o único impulso de força e constância suficientes é o egoísmo. O economista que calcula e constrói sobre o egoísmo, calcula corretamente e constrói para sempre. Os preceitos religiosos do cristianismo não devem, portanto, ser transferidos para a vida econômica, onde seu único efeito é produzir hipocrisia. As necessidades espirituais surgem apenas quando as necessidades corporais foram satisfeitas, e o esforço econômico deve satisfazer as necessidades corporais. Seria absurdo começar o trabalho com uma oração ou um poema. "A mãe das artes úteis é a carência; a mãe das belas artes é o supérfluo", diz Schopenhauer. Em outras palavras, imploramos quando estamos com fome e oramos quando alimentados".

⁴¹³ GESELL, Silvio. **The natural economic order**. 1958, p. 01. Tradução Livre: "A prosperidade da humanidade, como de todos os seres vivos, depende principalmente de a seleção ocorrer de acordo com as leis naturais. Mas essas leis exigem competição. Somente através da competição, principalmente da competição na esfera econômica, é possível a evolução correta, a eugênese. Aqueles que desejam assegurar os plenos efeitos milagrosos das leis da seleção natural devem basear sua ordem econômica na competição nas condições realmente decretadas pela natureza, isto é, com as armas fornecidas pela natureza após a exclusão de todos os privilégios".

⁴¹⁴ QUIGGIN, John. **Economic liberalism: Fall, revival and resistance**. 2005, p. 05. Tradução Livre: "Em 1914, no entanto, a economia global do capitalismo liberal enfrentou tensões externas e internas que pareciam resultar em grandes mudanças estruturais. As potências econômicas emergentes, Alemanha e Estados Unidos, adotaram políticas comerciais protecionistas, fornecendo um aparente contra-exemplo à crença liberal na otimização do livre comércio".

⁴¹⁵ "The question of whether the global economic system could have survived these stresses was rendered academic by the failure of the political system to prevent the outbreak of the Great War in Europe, which led to the abandonment of the gold standard and a collapse in world trade. The Great

Keynesianismo⁴¹⁶, marcado pela intervenção estatal, que previa a adoção de políticas econômicas (fiscais e monetárias) para aquecer a economia. Esse pensamento, que teve sucesso em seu tempo, entrou crise⁴¹⁷ na década de 1970 e trouxe à tona a necessidade de redução das atividades estatais na economia⁴¹⁸. Mesmo com esses acontecimentos e a volta, em parte, do liberalismo⁴¹⁹, o Estado passou a ter maior cuidado sobre as questões econômicas, migrando da posição de “Estado executor” para “Estado regulador”, como foi discutido no Capítulo 1.

Também foi trazido que a Constituição Federal, no âmbito da ordem econômica, prevê a seguinte subdivisão: princípios gerais da atividade econômica; política urbana; política agrícola e fundiária da reforma agrária; e sistema financeiro nacional. Grau⁴²⁰ argumenta que, enquanto *Constituição dirigente*, a CF/88 pretende, em seu artigo 170, “implantar uma nova ordem econômica”⁴²¹.

Depression, which followed the stockmarket crash of 1929, ended hopes of a return to the 19th century system. More than this, the Depression discredited liberal capitalism, seemingly forever”. QUIGGIN, John. **Economic liberalism: Fall, revival and resistance**. 2005, p. 05. Tradução Livre: “A questão de saber se o sistema econômico global poderia ter sobrevivido a essas tensões tornou-se acadêmica pelo fracasso do sistema político em impedir a eclosão da Grande Guerra na Europa, que levou ao abandono do padrão-ouro e ao colapso do comércio mundial. A Grande Depressão, que se seguiu à quebra do mercado de ações em 1929, acabou com as esperanças de um retorno ao sistema do século XIX. Mais do que isso, a Depressão desacreditou o capitalismo liberal, aparentemente para sempre”.

⁴¹⁶ EATWELL, John; MILGATE, Murray. **The fall and rise of Keynesian economics**. Oxford University Press, 2011.

⁴¹⁷ “The crucial problem was the failure of Keynesian economic management to control the combination of high inflation and high unemployment referred to as stagflation. The crucial event was the collapse of the Bretton Woods system of fixed exchange rates between 1970 and 1972, in the face of inflationary pressures driven by rising wages and US budget deficits”. QUIGGIN, John. **Economic liberalism: Fall, revival and resistance**. 2005, p. 07. Tradução Livre: “O problema crucial foi o fracasso da gestão econômica keynesiana em controlar a combinação de alta inflação e alto desemprego conhecida como estagflação. O evento crucial foi o colapso do sistema de taxas de câmbio fixas de Bretton Woods entre 1970 e 1972, diante das pressões inflacionárias impulsionadas pelo aumento dos salários e pelos déficits orçamentários dos Estados Unidos”.

⁴¹⁸ LEIJONHUFVUD, Axel. Keynes and the Crisis. **CEPR Policy Insight**, v. 23, p. 1-6, 2008.

⁴¹⁹ “Although the breakdown of the Bretton Woods system was the starting point for an international resurgence of economic liberalism, this was not a uniform global process. The shift away from social democracy and towards free-market policies occurred in different ways and at different times, in different countries, as did the subsequent popular reaction against economic liberalism”. QUIGGIN, John. **Economic liberalism: Fall, revival and resistance**. 2005, p. 07. Tradução Livre: “Embora o colapso do sistema de Bretton Woods tenha sido o ponto de partida para o ressurgimento internacional do liberalismo econômico, esse não foi um processo global uniforme. A mudança da social-democracia para políticas de livre mercado ocorreu de maneiras diferentes e em momentos diferentes, em países diferentes, assim como a subsequente reação popular contra o liberalismo econômico”.

⁴²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

⁴²¹ O autor traz, também, que “Afirmava-se que a Constituição inviabilizava a estabilidade e o crescimento econômico e, ademais, tornava o país ingovernável. Esse discurso passou a ser repetido, por todos, sem que praticamente ninguém se abalasse em indagar *por que, como, onde e quando* a Constituição seria perniciosa, comprometendo os interesses da sociedade brasileira”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 1991, p. 174, 176.

Já foram debatidos também os principais objetivos da regulação do mercado, que têm a ver com a correção das falhas de mercado (*market failure*) que derivam do seu funcionamento natural, de forma que “there are needs to interfere in the market in order to mitigate the problem”⁴²². Complementando a discussão,

Regulatory intervention is required for a variety of reasons. Typically, regulators must authorize or license new operators. They must often remove barriers to market entry by new operators. They must oversee interconnection of new entrants with incumbent operators. Regulatory intervention may also be required to ensure competitive markets do not fail to serve high cost areas or low income subscribers⁴²³.

Com “mercado” brasileiro, há de se citar algumas das principais atividades que movimentam a economia, a saber: telecomunicações, saúde suplementar (privada), aviação civil, energia elétrica, petróleo, gás natural e biocombustível, transportes terrestres, sistema financeiro, produção e comercialização de produtos para consumo pessoal. Esses mercados influenciam imensamente a qualidade de vida e o bem-estar social no país e em todo o mundo.

Os serviços de telecomunicações são alguns dos principais impulsionadores do crescimento econômico⁴²⁴ e podem ser divididos em: Serviços de Acesso Condicionado - SeAC; Serviços de Comunicação Multimídia - SCM, Serviços Limitados Privados - SLP.

Os Serviços de Acesso Condicionado estão dispostos na Lei nº 12.485/2011 e são serviços destinados à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes de canais de programação. Englobam, assim, “Serviços de Televisão por Assinatura, TV a Cabo, Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais (MMDS), Serviço

⁴²² TRUBNIKOV, Dmitrii. Regulation of telecommunications: The choice between market and regulatory failures. **The Law, State and Telecommunications Review/Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 9, n. 1, p. 29-48, 2017, p. 30. Tradução Livre: “há necessidade de interferir no mercado para mitigar o problema”.

⁴²³ INTVEN, Hank. **Telecommunications regulation handbook**. Washington, DC: World Bank, 2000, p. 01. Tradução Livre: “A intervenção regulatória é necessária por vários motivos. Normalmente, os reguladores devem autorizar ou licenciar novos operadores. Muitas vezes, eles devem remover barreiras à entrada de novos operadores no mercado. Devem supervisionar a interligação dos novos operadores com os operadores históricos. A intervenção regulatória também pode ser necessária para garantir que os mercados competitivos não deixem de atender áreas de alto custo ou assinantes de baixa renda”.

⁴²⁴ Röller, L.H. and Waverman, L. (2001), “Telecommunications infrastructure and economic growth: a simultaneous approach”, **American Economic Review**, v. 91, n. 4, pp. 909-23.

de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA)”⁴²⁵.

Os Serviços de Comunicação Multimídia são serviços fixos que possibilitam a “oferta da capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia permitindo também o acesso à *internet* aos assinantes”, por exemplo fornecendo serviços que interligam residências através de fibra óptica a fim de fornecer serviços de TV e rádio digital, telefonia e acesso à *internet*⁴²⁶.

Por fim, os Serviços Limitados Privados são os responsáveis pela “comunicação de dados, de sinais de vídeo e áudio, de voz e de texto e como também na captação e transmissão de dados científicos relacionados à exploração da Terra por satélite, auxílio à meteorologia, operação espacial e pesquisa espacial”⁴²⁷.

Esses serviços, se prestados no formato de monopólio, podem trazer prejuízos para os consumidores, como mostra a história do Zimbábue:

Until 1993, telecommunications services in Zimbabwe were the exclusive responsibility of the Zimbabwe Post and Telecommunications Corporation (PTC). In the 13 years since independence, the PTC had not succeeded in its mission of making telecommunications accessible to the masses. (...) the PTC's monopoly control of the telecommunications market was in violation of Zimbabwe's Constitution which stated in Section 20, "Every Zimbabwean has a right to receive and impart information without hindrance"⁴²⁸.

No entanto, não é apenas a quebra do monopólio estatal, como foi o resultado no Zimbábue, que garante a melhor eficiência do mercado⁴²⁹. Essa dificuldade de

⁴²⁵ FLORENCIO, Paulo. Anatel: Principais Serviços Autorizados. **Target**, 2018. Disponível em: <https://www.targetso.com/2018/09/28/anatel-principais-servicos-autorizados/>. Acesso em: 21 jan. 2023.

⁴²⁶ Principais Serviços Autorizados. **Target**, 2018. Disponível em: <https://www.targetso.com/2018/09/28/anatel-principais-servicos-autorizados/>. Acesso em: 21 jan. 2023.

⁴²⁷ FLORENCIO, Paulo. Anatel: Principais Serviços Autorizados. **Target**, 2018. Disponível em: <https://www.targetso.com/2018/09/28/anatel-principais-servicos-autorizados/>. Acesso em: 21 jan. 2023.

⁴²⁸ GOODSTEIN, Jerry D.; VELAMURI, S. Ramakrishna. States, power, legitimacy, and maintaining institutional control: The battle for private sector telecommunication services in Zimbabwe. **Organization Studies**, v. 30, n. 5, p. 489-508, 2009, p. 497, 499. Tradução Livre: “Até 1993, os serviços de telecomunicações no Zimbábue eram de responsabilidade exclusiva da Zimbabwe Post and Telecommunications Corporation (PTC). Nos 13 anos desde a independência, o PTC não teve sucesso em sua missão de tornar as telecomunicações acessíveis às massas. (...) o controle monopolista da PTC sobre o mercado de telecomunicações violava a Constituição do Zimbábue, que afirmava na Seção 20: “Todo zimbabuense tem o direito de receber e transmitir informações sem impedimentos””.

⁴²⁹ “Privatization of a state monopoly can result in improvements in service quality and options, but there are concerns. In the absence of competition, managers have an incentive to maximize profits if they share in the rewards. This may result in productive efficiency as the organization is restructured to cut costs, but many newly formed regulatory agencies may be incapable of effectively controlling incumbent market power to the customer's detriment. There is the additional issue of regulatory price distortions (cross-subsidies) and rules that inadvertently favor some segments of the industry over

acerto do mercado, então, como trazem Bijl & Peitz⁴³⁰, dá origem à necessidade de requisitos a serem cumpridos pelos prestadores dos serviços:

An important requirement in the ONP framework is that operators with significant market power (in practice, incumbents) must provide access at cost-oriented tariffs. The aim of this condition is to ensure interconnection of networks and to allow entrants affordable access to various elements of the networks of incumbent operators. The latter is of particular importance, as in the early stages of liberalization new entrants depend on incumbents' networks to offer telephony services to end users⁴³¹.

Os autores continuam pontuando a importância da proteção dos consumidores finais dos serviços de telefonia:

For consumers, the principle of affordability may have important implications for retail prices, since consumers need to be protected from monopoly prices in those market segments where there is not yet effective competition (and the accompanying downward price pressure). In such situations, retail price caps and uniform pricing constraints are means to guarantee affordability of telephony services⁴³².

No Brasil, a regulação do mercado de telecomunicações é responsabilidade da Agência Nacional de Telecomunicações, a primeira agência reguladora criada no

others. Privatization of state monopolies in combination with competitive entry may be the best solution to achieve productive and allocative efficiency and, ultimately, disciplined prices". GARBACZ, Christopher; THOMPSON JR, Herbert G. Demand for telecommunication services in developing countries. **Telecommunications policy**, v. 31, n. 5, p. 276-289, 2007, p. 277. Tradução Livre: "A privatização de um monopólio estatal pode resultar em melhorias na qualidade e nas opções de serviço, mas há preocupações. Na ausência de competição, os gerentes têm um incentivo para maximizar os lucros se compartilharem as recompensas. Isso pode resultar em eficiência produtiva à medida que a organização é reestruturada para cortar custos, mas muitas agências reguladoras recém-formadas podem ser incapazes de controlar efetivamente o poder de mercado em detrimento do cliente. Há a questão adicional de distorções de preços regulatórios (subsídios cruzados) e regras que inadvertidamente favorecem alguns segmentos da indústria em detrimento de outros. A privatização dos monopólios estatais em combinação com a entrada competitiva pode ser a melhor solução para alcançar eficiência produtiva e alocativa e, em última instância, preços disciplinados".

⁴³⁰ DE BIJL, Paul; PEITZ, Martin. **Regulation and entry into telecommunications markets**. Cambridge University Press, 2003.

⁴³¹ DE BIJL, Paul; PEITZ, Martin. **Regulation and entry into telecommunications markets**. 2003, p. 17. Tradução Livre: "Um requisito importante no quadro ORA é que os operadores com poder de mercado significativo (na prática, incumbentes) devem fornecer acesso a tarifas orientadas para os custos. O objetivo desta condição é garantir a interligação das redes e permitir aos entrantes o acesso a vários elementos das redes dos operadores históricos a preços acessíveis. Este último é de particular importância, pois nos estágios iniciais da liberalização, os novos participantes dependem das redes dos operadores históricos para oferecer serviços de telefonia aos usuários finais".

⁴³² DE BIJL, Paul; PEITZ, Martin. **Regulation and entry into telecommunications markets**. 2003, p. 17. Tradução Livre: "Para os consumidores, o princípio da acessibilidade pode ter implicações importantes para os preços de varejo, uma vez que os consumidores precisam ser protegidos de preços de monopólio naqueles segmentos de mercado onde ainda não há concorrência efetiva (e a consequente pressão de preços para baixo). Em tais situações, limites de preços reais e restrições uniformes de preços são meios para garantir a acessibilidade dos serviços de telefonia".

país, como mostrado anteriormente. A importância da atuação da regulação no mercado de telecomunicações não é no sentido de gestão⁴³³,

The objectives of telecommunications regulation vary from country to country. Governments in most countries continue to see telecommunications as an essential public service. Even after telecommunications networks are no longer run by them, governments normally retain a regulatory role to ensure that telecommunications services are supplied in a manner consistent with national perceptions of the public interest⁴³⁴.

Nos demais serviços apresentados, a lógica é a mesma: alto poder de influência na sociedade que é organizada (e, com isso, menos maléfica) graças à atuação das agências reguladoras e, principalmente, a sua fiscalização contínua⁴³⁵.

4.2. A PROMOÇÃO DO ACESSO A SERVIÇOS BÁSICOS

Os direitos fundamentais⁴³⁶ são elementos essenciais do constitucionalismo e, portanto, do Estado constitucional democrático, como já foi discutido. No Brasil, tais direitos dividem-se em: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade e; direitos políticos. Referidos direitos já foram objeto de discussão anteriormente, pelo que se resumirá apenas às características de cada grupo.

⁴³³ "With the widespread adoption of market-based approaches to the supply of telecommunications services, there is a growing consensus that regulators should not be involved in detailed "management" of the sector. Instead, the regulators' role is seen to involve maintenance of a regulatory environment conducive to the efficient supply of telecommunications services to the public". INTVEN, Hank. **Telecommunications regulation handbook**. Washington, DC: World Bank, 2000, p. 02. Tradução Livre: "Com a adoção generalizada de abordagens baseadas no mercado para o fornecimento de serviços de telecomunicações, há um consenso crescente de que os reguladores não devem se envolver na "gestão" detalhada do setor. Em vez disso, o papel dos reguladores é visto como envolvendo a manutenção de um ambiente regulatório propício ao fornecimento eficiente de serviços de telecomunicações ao público".

⁴³⁴ INTVEN, Hank. **Telecommunications regulation handbook**. Washington, DC: World Bank, 2000, p. 01. Tradução Livre: "Os objetivos da regulamentação das telecomunicações variam de país para país. Os governos da maioria dos países continuam a ver as telecomunicações como um serviço público essencial. Mesmo depois que as redes de telecomunicações não são mais administradas por eles, os governos normalmente mantêm um papel regulador para garantir que os serviços de telecomunicações sejam fornecidos de maneira consistente com as percepções nacionais do interesse público".

⁴³⁵ Pedra et. al., por exemplo, discutiram a ação da ANP em detectar cartéis no mercado nacional de biocombustíveis, prática essa que prejudica os consumidores. PEDRA, Douglas Pereira, et al. Metodologia adotada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis para a detecção de cartéis. **ANP**, Rio de Janeiro, 2010.

⁴³⁶ "Fundamental rights are a group of basic rights that an individual is imperative to". PATHAK, Arshi. Electricity: A Fundamental Right. **Issue 5 Int'l JL Mgmt. & Human.**, v. 5, p. 265, 2022. Tradução Livre: "Os direitos fundamentais são um grupo de direitos básicos aos quais um indivíduo é imperativo".

Os direitos individuais e coletivos refletem direitos fundamentais relacionados à vida e à liberdade de indivíduos e de coletivos organizados ou formados por meio de características específicas. Os direitos de nacionalidade consideram normas, direitos e deveres dos brasileiros em relação ao Brasil e à sua condição de cidadão brasileiro em outros países. Os direitos políticos versam a respeito da liberdade de manifestação e organização política, além da possibilidade de constituição de partidos políticos, seus direitos e deveres.

Por fim, os direitos sociais constituem direitos fundamentais que toda a sociedade usufrui⁴³⁷. A Constituição brasileira traz os seguintes temas: educação, saúde⁴³⁸, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados⁴³⁹.

Este tópico pretende discutir alguns direitos fundamentais específicos, aqueles que implicam a prestação de serviços básicos regulados por agências reguladoras, que são o objeto deste estudo. Há serviços não citados no rol de direitos sociais que também são considerados direitos humanos e serão abordados, por serem objetos

⁴³⁷ Um exemplo de abordagem a respeito dos direitos sociais: “The term ‘social rights’ is principally used in this book since the overall focus is on human rights such as social security, health, education, housing, water and food. In some Chapters, authors analyse economic (i. e., labour rights) as well as cultural rights or economic, social and cultural rights are sometimes preferred, particularly where this is the prevalent or relevant usage in the jurisprudence”. LANGFORD, Malcolm (Ed.). **Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law**. Cambridge: 2008, p. 03. Tradução Livre: “O termo ‘direitos sociais’ é usado principalmente neste livro, uma vez que o foco geral está nos direitos humanos, como segurança social, saúde, educação, habitação, água e alimentação. Em alguns capítulos, os autores analisam direitos econômicos (ou seja, direitos trabalhistas), bem como direitos culturais ou direitos econômicos, sociais e culturais às vezes são preferidos, particularmente quando esse é o uso predominante ou relevante na jurisprudência”.

⁴³⁸ Neste caso, será abordado o serviço de “saúde complementar”, a saúde privada, já que é um complemento à saúde pública e, portanto, parte do direito dos cidadãos de obterem tais serviços, uma vez que o serviço público não é, em muitos casos, suficiente. Para maior detalhamento, ver: GROSS, Aeyal. Is there a human right to private health care?. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 41, n. 1, p. 138-146, 2013.; DENIER, Yvonne. On personal responsibility and the human right to healthcare. **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, v. 14, n. 2, p. 224-234, 2005.

⁴³⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

de regulação, quais sejam: energia elétrica⁴⁴⁰, saneamento básico⁴⁴¹ e telecomunicação⁴⁴².

Primeiro, deve-se lembrar que é responsabilidade do Estado fornecer o acesso a serviços que correspondem a direitos fundamentais, e que estes ajudam também no crescimento econômico do país, como se explica:

Many consider the provision of basic social services, such as schooling and health care, both the ends and means of economic development. Education is commonly viewed as an important dimension of human development in Asia, while a shortage of skilled labor is often cited as a growth constraint in many countries or sectors. Delivery of basic services therefore has attracted considerable attention from national governments, development agencies, nongovernment organizations (NGOs), and the research community⁴⁴³.

⁴⁴⁰ “Electricity access is already well established within the framework of human rights, either as an implicit attribute of a pre-existing right (such as non-discrimination or sustainable development) or explicitly in the context of eliminating discrimination against women. There is also broad acknowledgement by states of the desirability of eliminating energy poverty – for all, but particularly for the rural poor, and women”. TULLY, Stephen. The human right to access electricity. **The Electricity Journal**, v. 19, n. 3, p. 30-39, 2006, p. 30. Tradução Livre: “O acesso à eletricidade já está bem estabelecido no quadro dos direitos humanos, seja como um atributo implícito de um direito preexistente (como a não discriminação ou o desenvolvimento sustentável) ou explicitamente no contexto da eliminação da discriminação contra as mulheres. Há também um amplo reconhecimento pelos estados da conveniência de eliminar a pobreza energética – para todos, mas particularmente para os pobres rurais e mulheres”.

⁴⁴¹ “Os principais problemas que afetam a humanidade estão relacionados às garantias dos direitos fundamentais sociais e à interação ao meio ambiente. A falta de acesso aos direitos sociais básicos aponta um conjunto de desigualdade social, por parte expressiva da população brasileira e mundial, caracterizando uma injustiça social e ambiental. Além disso, o problema do saneamento básico afeta a dignidade do ser humano com o meio natural. A qualidade ambiental deve ser reconhecida como elemento integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é fundamental ao desenvolvimento do ser humano e ao bem-estar existencial”. ROMANELLO, M. V. D. O saneamento básico como direito fundamental: uma análise jurídica dos desafios enfrentados na cidade de Salvador/BA. **R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga**, v. 10, n. 2, p. 1 - 24, 2019, p. 02.

⁴⁴² Conforme declara o Artigo 19 da Universal Declaration of Human Rights, “Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”. UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**, 1948, art. 19. Tradução Livre: “Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

⁴⁴³ WAN, Guanghua; FRANCISCO, Ruth. Why is access to basic services not inclusive?. **Poverty, Inequality, and Inclusive Growth in Asia: Measurement, Policy Issues, and Country Studies**, p. 199, 2010, p. 199-200. Tradução Livre: “Muitos consideram a prestação de serviços sociais básicos, como educação e assistência médica, tanto os fins quanto os meios do desenvolvimento econômico. A educação é comumente vista como uma dimensão importante do desenvolvimento humano na Ásia, enquanto a escassez de mão de obra qualificada é frequentemente citada como restrição ao crescimento em muitos países ou setores. A prestação de serviços básicos, portanto, atraiu considerável atenção dos governos nacionais, agências de desenvolvimento, organizações não-governamentais (ONGs) e da comunidade de pesquisa”.

No entanto, “Despite the grater supply of basic services in developing Asia and beyond, evidence shows that the poor have failed to gain sufficiently from it”⁴⁴⁴. Isso não é resultado exclusivamente da falta de esforços dos países:

Developing countries and development institutions in the past 2 decades have increased efforts to improve the quality and accessibility of basic socialand infrastructure services and to make them more inclusive. But the outcomes have been mixed: while some have been successful, others have benefited the rich more than the poor. And in many communities in the developing world, the poor still lack adequate access to basic services⁴⁴⁵.

Nesse caso, com a prestação de alguns serviços por empresas privadas, é de se destacar o papel ativo que a regulação tem na promoção do acesso a serviços básicos, uma vez que a sua ausência nos mercados fornecedores implica condições desiguais de acesso e, portanto, a exclusão de parte da sociedade em seu usufruto, como foi observado no tópico anterior no caso das telecomunicações no Zimbábue.

No Brasil, o acesso a serviços básicos na na década de 1970, “the lack of basic services - water, sewage, and electricity - along with low educational levels were widespread in nearly the entire country”⁴⁴⁶. Tal realidade se apresentou menos negativa em 2010, quando

at least 90% of the population in 91% of Brazil’s municipalities had access to electricity. In 1,868 municipalities - out of 5,564 - at least 80% of citizens were supplied with water. In 2,190 municipalities - 40% of the total - at least 80% of the population had garbage collection services⁴⁴⁷.

Essa tendência de progresso “tends to be accompanied by a reduction in the percentage of poor and by expansion in the supply of basic services”⁴⁴⁸. No entanto, até o ano de 2022, mais de 130 milhões de brasileiros foram prejudicados pela falta

⁴⁴⁴ WAN, Guanghua; FRANCISCO, Ruth. Why is access to basic services not inclusive?. 2010, p. 200. Tradução Livre: “Apesar da maior oferta de serviços básicos na Ásia em desenvolvimento e além, as evidências mostram que os pobres não conseguiram se beneficiar o suficiente com isso”.

⁴⁴⁵ WAN, Guanghua; FRANCISCO, Ruth. Why is access to basic services not inclusive?. 2010, p. 200. Tradução Livre: “Os países em desenvolvimento e as instituições de desenvolvimento nas últimas 2 décadas aumentaram os esforços para melhorar a qualidade e acessibilidade dos serviços sociais e de infra-estrutura básicos e para torná-los mais inclusivos. Mas os resultados foram mistos: enquanto alguns tiveram sucesso, outros beneficiaram mais os ricos do que os pobres. E em muitas comunidades do mundo em desenvolvimento, os pobres ainda carecem de acesso adequado a serviços básicos”.

⁴⁴⁶ ARRETCHE, Marta. The geography of access to basic services in Brazil. **Paths of Inequality in Brazil: A Half-Century of Changes**, p. 137-161, 2019, p. 138. Tradução Livre: “a falta de serviços básicos - água, esgoto e eletricidade - junto com o baixo nível educacional eram comuns em quase todo o país”

⁴⁴⁷ ARRETCHE, Marta. The geography of access to basic services in Brazil. 2019, p. 138.

⁴⁴⁸ ARRETCHE, Marta. The geography of access to basic services in Brazil. 2019, p. 139. Tradução Livre: “tende a ser acompanhada pela redução do percentual de pobres e pela expansão da oferta de serviços básicos”.

de saneamento. O município de Belém, por exemplo, com cerca de 1.367.336 habitantes⁴⁴⁹, contava com uma cobertura de esgotamento sanitário de apenas 17,14% da população⁴⁵⁰.

Assim, passa-se a discutir como exemplo alguns serviços básicos (quais sejam: energia elétrica, telecomunicações, transporte e saneamento básico), como estão sendo fornecidos para a população e qual o papel das agências reguladoras em sua promoção.

A energia elétrica é um direito humano fundamental e está associada à dignidade humana e à redução da desigualdade:

An individual entitlement to electricity is already recognized under international human rights law as well as national law and policy. In respect of the former, state parties to the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) are obligated under Article 14(2)(h) to “take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas... and, in particular, shall ensure to such women the right... to enjoy adequate living conditions, particularly in relation to... electricity.”⁴⁵¹.

No Brasil, o déficit na oferta do serviço de energia elétrica não levanta grande preocupação (em 2019, cerca de 99,8% da população tinha acesso ao serviço⁴⁵²) e se concentra principalmente em regiões mais afastadas, como a região amazônica, e em regiões pobres⁴⁵³. No entanto, fatores como a pobreza⁴⁵⁴ dificultam, na prática, acesso das pessoas a tais serviços mesmo em regiões que contam com o abastecimento.

⁴⁴⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Brasileiro de 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2022.

⁴⁵⁰ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento**. 14ª ed. São Paulo, 2022.

⁴⁵¹ TULLY, Stephen. The human right to access electricity. **The Electricity Journal**, v. 19, n. 3, p. 30-39, 2006, p. 31. Tradução Livre: “Um direito individual à eletricidade já é reconhecido pela lei internacional de direitos humanos, bem como pela legislação e políticas nacionais. No que diz respeito ao primeiro, os Estados Partes da Convenção de 1979 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) são obrigados pelo Artigo 14(2)(h) a “tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres nas áreas rurais”. áreas... e, em particular, devem assegurar a tais mulheres o direito... de desfrutar de condições de vida adequadas, particularmente em relação à... eletricidade.””.

⁴⁵² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

⁴⁵³ WWF-Brasil. Acesso à energia com fontes renováveis em regiões remotas no Brasil. **WWF Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?76422/Acesso-a-energia-com-fontes-renovaveis-em-regioes-remotas-no-brasil>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁵⁴ TULLY, Stephen. The human right to access electricity. 2006, p. 34. Tradução Livre: “Os governos tornam-se obrigados a empreender iniciativas que redirecionem a alocação de eletricidade para grupos sociais particularmente vulneráveis, como pobres, minorias, povos indígenas, idosos ou deficientes, prisioneiros e outros”.

Inicialmente, o valor cobrado pela tarifa dos serviços não é acessível para grande parte da população, de forma que foi apontado que os valores gastos mensalmente com energia elétrica e água correspondem a mais da metade da renda de cerca de 46% dos brasileiros⁴⁵⁵. Além disso, um mapeamento do Instituto Pólis verificou as características do acesso em três cidades brasileiras (Rio de Janeiro, Rio Branco e Maceió) e obteve que “as regiões onde há menor acesso à energia e maior duração de interrupção no fornecimento são também as regiões com predominância de população negra e de baixa renda”⁴⁵⁶.

Nessas áreas, ainda, o consumo de energia é menor⁴⁵⁷, e “nas famílias com renda de até dois salários-mínimos a maior parte da energia é usada para a conservação de alimentos”, enquanto as famílias com renda de dez salários-mínimos utilizam a maior parte da energia elétrica para a climatização do ambiente⁴⁵⁸.

A agência reguladora desses serviços no Brasil, ANEEL, busca a promoção da distribuição desses serviços com o máximo de agilidade, a preços e qualidade razoáveis, e contando com atualização tecnológica. Em 2022, por exemplo, a agência multou três empresas pelo atraso na execução de projetos de manutenção e expansão dos serviços⁴⁵⁹. No mesmo ano, a agência decidiu por manter a multa relacionada à inconformidade na prestação dos serviços, pois a continuidade do abastecimento estava sendo prejudicada pela empresa prestadora dos serviços no

⁴⁵⁵ LUZ e gás consomem mais da metade da renda de 46% dos brasileiros. Instituto Clima e Sociedade, 2021. Disponível em: <https://climaesociedade.org/luz-e-gas-consomem-mais-da-metade-da-renda-de-46-dos-brasileiros/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁵⁶ Retrato das injustiças no acesso à energia elétrica. Outras Mídias, 2022. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/retrato-das-injusticas-no-acesso-a-energia-eletrica/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁵⁷ “No Rio de Janeiro, apenas 67% dos domicílios nas regiões periféricas possuem energia elétrica proveniente de companhia distribuidora, observa o estudo. Nos 33% dos domicílios restantes, a energia vem de outra fonte e pode ter qualidade inferior e menor estabilidade. Em Maceió, a realidade é ainda mais crítica: apenas 52% das residências em favelas têm energia fornecida pela concessionária, enquanto 48% têm acesso ao serviço por outros meios. Os dados são parecidos em Rio Branco: 57% das residências em favelas possuem acesso à energia elétrica fornecida pela distribuidora, ante 43% dos domicílios que têm o acesso de outra maneira”. Retrato das injustiças no acesso à energia elétrica. Outras Mídias, 2022. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/retrato-das-injusticas-no-acesso-a-energia-eletrica/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁵⁸ Retrato das injustiças no acesso à energia elétrica. Outras Mídias, 2022. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/retrato-das-injusticas-no-acesso-a-energia-eletrica/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁵⁹ ANEEL multa três térmicas do PCS. CanalEnergia, 2022. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/noticias/53221721/aneel-multa-tres-termicas-do-pcs>. Acesso em: 25 jan. 2023.

Mato Grosso⁴⁶⁰. Há muitos outros casos de aplicação de penalidades às empresas prestadoras dos serviços pela agência. Não é difícil inferir, então, que a atuação da ANEEL na regulação do serviço de energia elétrica no Brasil influencia a qualidade e o preço da prestação dos serviços, colaborando com o acesso dos cidadãos a tal direito fundamental. De uma forma geral, por exemplo, sem a atuação da agência reguladora no setor, haveria dois cenários possíveis: no primeiro, a empresa prestadora usa o seu poder monopolista para fornecer serviços a preços mais altos e/ou qualidade menor; no segundo cenário, os governantes usam seu poder político para impedirem aumentos nas tarifas, de forma que a qualidade e abrangência dos serviços seriam prejudicadas⁴⁶¹.

No caso das telecomunicações, sua importância se dá pelo que versa a Declaração Universal de Direitos Humanos, citada anteriormente, relacionada à capacidade de o indivíduo se expressar e de obter informações livremente. No Brasil, por exemplo, 98,2% da população tinha acesso à *internet* móvel em 2018⁴⁶². A agência reguladora, ANATEL, tem participação nessa cobertura, uma vez que é responsável, entre outras atividades, por implementar as metas do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), que objetiva atender locais com menos de 100 habitantes, implantar serviços de *internet* e telefonia em escolas e bibliotecas, redes de alta velocidade para teleconferências e, além de outras coisas, atender com os serviços as áreas transfronteiriças⁴⁶³.

⁴⁶⁰ ANEEL mantém multa de R\$ 6,3 milhões aplicada pela AGER/MT à Energisa Mato Grosso. Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso - AGER, 2022. Disponível em: <http://www.ager.mt.gov.br/-/19204952-aneel-mantem-multa-de-r-6-3-milhoes-aplicada-pela-ager/mt-a-energisa-mato-grosso>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁶¹ Como se argumenta: “Experience suggests that the establishment of independent regulatory bodies provides a means of addressing political impediments to higher tariffs over the long term. However, there are political obstacles that need to be overcome in order to establish independent regulation in the first place. The capacity for vested interests to undermine independent regulation is evident in both Africa”. DORNAN, Matthew. Access to electricity in Small Island Developing States of the Pacific: Issues and challenges. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 31, p. 726-735, 2014, p. 730. Tradução Livre: “A experiência sugere que o estabelecimento de órgãos reguladores independentes fornece um meio de lidar com os impedimentos políticos a tarifas mais altas no longo prazo. No entanto, existem obstáculos políticos que precisam ser superados para estabelecer uma regulamentação independente em primeiro lugar”.

⁴⁶² Anatel: 98,2% da população brasileira tem acesso à internet móvel. Canaltech, 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/telecom/anatel-982-da-populacao-brasileira-tem-acesso-a-internet-movel-122178/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁶³ Anatel: 98,2% da população brasileira tem acesso à internet móvel. Canaltech, 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/telecom/anatel-982-da-populacao-brasileira-tem-acesso-a-internet-movel-122178/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

Enquanto órgão regulador, a ANATEL também aplica diversas penalidades. Em 2021, as multas aplicadas somaram o valor de R\$ 215,8 milhões, sendo que, desse total, R\$ 65,6 milhões foram convertidos em medidas obrigatórias às empresas em prol da ampliação do acesso e da qualidade dos serviços⁴⁶⁴. Em relação ao que é pago pelos consumidores, a agência também tem influência, uma vez que pode penalizar aqueles que forem contra o preço correto a ser pago. Assim, é nítido o papel da agência na universalização dos serviços, como aponta também a literatura⁴⁶⁵.

Em relação ao transporte, tido na Constituição Federal como um direito social fundamental, a ANTT⁴⁶⁶ tem importante atuação no que é realizado por vias ferroviárias, rodoviárias e dutoviárias em todo o país, controlando também os entes

⁴⁶⁴ Anatel somou mais de R\$ 340 milhões de multas constituídas em 2021. Minha Operadora, 2021. Disponível em: <https://www.minhaoperadora.com.br/2022/04/anatel-somou-mais-de-r-340-milhoes-de-multas-constituídas-em-2021.html>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁶⁵ Exemplo disso é trazido por Fan, que analisou se os fatores regulatórios influenciam o acesso à internet na Austrália e na China: “The preliminary result suggests that government policies governing the telecommunications service market and promoting information infrastructure have a significant impact on the affordability and availability of Internet access. The most significant factor is the level of competition permitted in the telecommunication sector. It has become clear that further regulatory initiatives such as deregulatory mechanisms and interconnection regimes are needed to establish a more competitive environment for Internet access in both countries, and more particularly in China”. FAN, Qiuyan. Regulatory factors influencing Internet access in Australia and China: a comparative analysis. **Telecommunications Policy**, v. 29, n. 2-3, p. 191-203, 2005, p. 191. Tradução Livre: “O resultado preliminar sugere que as políticas governamentais que regem o mercado de serviços de telecomunicações e promovem a infraestrutura de informação têm um impacto significativo na acessibilidade e disponibilidade do acesso à Internet. O fator mais significativo é o nível de competição permitido no setor de telecomunicações. Ficou claro que outras iniciativas regulatórias, como mecanismos de desregulamentação e regimes de interconexão, são necessárias para estabelecer um ambiente mais competitivo para o acesso à Internet em ambos os países, e mais particularmente na China”.

⁴⁶⁶ “ANTT shall be a “special autarchy” with a compounded duty area. Firstly, ANTT is the regulator of interstate and international land transportation services. On the other hand, ANTT shall regulate the exploration of those transport infrastructures that have been (or will be) granted to the private sector (i.e., toll roads, privatized railways and general rail transportation). It is in the competence of ANTT to celebrate the concession contracts, to foster competition in the sector, to secure the rights of the users and also to execute the national transportation policy in its duty area. It is also charged with the duties of proposing to the Ministry a general plan for the concession of infrastructure and services and to analyze new proposals for the participation of the private sector in the transportation infrastructure investments. It shall also determine the fees and give the license to operators, control the execution of the services, and arbitrate in conflicts”. BRASILEIRO, Anísio; SANTOS, Enilson; ARAGÃO, Joaquim. Regulating interstate passenger transport by means of independent agencies: challenges to the institutional development of road passenger transport in Brazil. 2001, n. p. Tradução Livre: “A ANTT será uma “autarquia especial” com regime de competência composta. Em primeiro lugar, a ANTT é a reguladora dos serviços de transporte terrestre interestadual e internacional. Por outro lado, a ANTT regulamentará a exploração das infraestruturas de transporte que foram (ou serão) concedidas ao setor privado (ou seja, rodovias, ferrovias privatizadas e transporte ferroviário geral). Compete à ANTT celebrar os contratos de concessão, fomentar a concorrência no setor, assegurar os direitos dos usuários e também executar a política nacional de transportes em sua área de atuação. Compete-lhe ainda propor ao Ministério um plano geral de concessão de infra-estruturas e serviços e analisar novas propostas de participação do setor privado nos investimentos em infra-estruturas de transportes. Compete-lhe também fixar as taxas e conceder licença aos operadores, controlar a execução dos serviços e arbitrar os conflitos”.

envolvidos nesse transporte. Alguns dos objetivos da ANTT são promover um trânsito mais seguro, emitir resoluções e normas para o setor de transporte e fiscalizar e combater irregularidades nos serviços⁴⁶⁷. As principais multas aplicadas pela ANTT dizem respeito a excesso de peso, lotação de veículos, documentação fiscal, seguros obrigatórios e problemas com o dispositivo de identificação eletrônica (registro de transportadores).

Por fim, em relação ao saneamento básico, mais especificamente os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, já foi mostrado que o Brasil tem cobertura deficitária⁴⁶⁸. Tais serviços são de responsabilidade do poder municipal, de forma que a regulação não é concentrada como a dos outros serviços já discutidos. Como o desafio é grande, vale destacar o papel desse instrumento na universalização dos serviços. Um estudo que fez tal busca com base em dois municípios brasileiros constatou que

a Agência Reguladora tem um papel de grande relevância quanto ao cumprimento das metas estabelecidas no edital de abertura da licitação relacionadas à qualidade na prestação dos serviços, investimentos para universalização do fornecimento de água potável no município e coleta, afastamento e tratamento de esgoto, tornando a governança do sistema de saneamento mais eficiente em virtude de sua autonomia quanto as questões de regulação, financeiras e decisórias, deixando de sucumbir à tentação de uso político da administração a fim de aparelhar o órgão público⁴⁶⁹.

O mesmo resultado foi encontrado em outras pesquisas⁴⁷⁰, como a que mostra resultados abaixo:

⁴⁶⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Ministério da Infraestrutura, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁴⁶⁸ “No contexto atual, tornou-se titânica qualquer ação governamental que pretenda levar os serviços básicos às áreas marginalizadas. Como resultado, o abastecimento de água potável e a eliminação de águas residuais não foram fornecidos no ritmo necessário para assegurar a proteção da saúde pública e a preservação do ambiente e dos recursos naturais. Além disso, com muita frequência, o saneamento básico, entendido como a tecnologia de mais baixo custo que permite eliminar de forma higiênica os excrementos e as águas residuais e que haja um ambiente limpo e saudável, tanto em casa quanto nas proximidades dos usuários, não ocupa posição prioritária na agenda governamental e, quando isso acontece, os recursos são, muitas vezes, aplicados de modo ineficiente”. NOYOLA, Adalberto; HELLER, Leo; OTTERSTETTER, Horst. Os desafios para a universalização do saneamento básico. In: **GALVÃO, LAC; FINKELMAN, J.; HENAO, S. Determinantes ambientais e sociais da saúde. OPAS: Editora FIOCRUZ**, p. 369-384, 2011, p. 369.

⁴⁶⁹ ESTEVES, Rafael Polizel. **O papel da Agência Reguladora na universalização do saneamento: Uma análise comparativa nos municípios de Birigui-SP e Araçatuba-SP**. Dissertação (Mestrado em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos). Faculdade de Engenharia de Ilha Solteira - Universidade Estadual Paulista. Ilha Solteira: 2021, p. 110.

⁴⁷⁰ Outro exemplo está em Carulice et. al.: “Verifica-se que as agências reguladoras atuam na garantia da prestação dos serviços de saneamento de forma qualitativa e contínua, buscando assegurar o cumprimento das metas previstas nos PMSB e, igualmente, intermediando e conciliando as relações envolvidas no processo, quais sejam, o Poder Público, prestadores de serviços e usuários”.

No contexto brasileiro, em que há um déficit significativo de investimentos de infraestrutura a serem supridas, as agências reguladoras despontam como uma instituição plenamente apta a estimular a universalização dos serviços de saneamento básico, em especial o acesso à água potável, através do cumprimento das regras do serviço e da promoção de um ambiente de segurança jurídica para o aporte de investimentos públicos e privados⁴⁷¹.

Também há estudos que encontram deficiências na regulação, como mostrado a seguir. Os estudos também apontam para a ineficiência de agências em tomar partido de questões sociais relacionadas aos serviços⁴⁷².

From the analysis of the regulatory activity, we identified regulators that had not issued regulatory standards related to the promotion of allocative or productive efficiency. Analysis of the results shows that the regulatory performance has not ensured that providers achieve better performance⁴⁷³.

Assim, fica claro que o potencial de as agências reguladoras facilitarem o acesso a serviços básicos, portanto, direitos humanos fundamentais e constitucionais, é alto e depende também de outros fatores, como independência política e técnica, mas fica comprovado que a atual atuação impede que o acesso a tais serviços apresente maiores dificuldades, o que inclusive pode reduzir a desigualdade no país.

CARULICE, Caio Barbosa de; SCHMITT, Vanessa Fernanda; HÜBNER, Ricardo. Agência Reguladora nos Planos Municipais de Saneamento: uma visão da experiência de atuação. In: **20ª Exposição de Experiências Municipais em Saneamento**. Jaraguá do Sul: 2016, p. 474.

⁴⁷¹ MELO, Álisson José Maia; JUNIOR, Alceu de Castro Galvão. Regulação e universalização da prestação dos serviços de abastecimento de água. **Paranoá: cadernos de arquitetura e urbanismo**, n. 10, p. 49-58, 2013, p. 56.

⁴⁷² “As was possible to observe, in the past, neither the different Brazilian governments nor the regulatory agencies have favored inclusiveness and pro-poor policies. Apparently, either by prioritizing the regulatory agenda of ANA or the ongoing BNDES projects promoted by the federal government, this panorama remains the same. In this way, the economic and social cohesion of the population will not be fulfilled, and the universal access targets will not be met. The situation will remain quite far from the goal, and the ongoing reform will most likely be unsuccessful”. NARZETTI, Daniel Antonio; MARQUES, Rui Cunha. Access to water and sanitation services in Brazilian vulnerable areas: The role of regulation and recent institutional reform. **Water**, v. 13, n. 6, p. 787, 2021, p. 13. Tradução Livre: “Como foi possível observar, no passado, nem os diferentes governos brasileiros nem as agências reguladoras favoreceram políticas de inclusão e pró-pobres. Aparentemente, seja pela priorização da agenda regulatória da ANA, seja pelos projetos do BNDES em andamento promovidos pelo governo federal, esse panorama permanece o mesmo. Desta forma, não se cumprirá a coesão econômica e social da população, nem se cumprirão as metas de acesso universal. A situação permanecerá muito longe da meta e a reforma em andamento provavelmente não terá sucesso”.

⁴⁷³ CARVALHO, Anne Emília Costa; SAMPAIO, Luciano Menezes Bezerra. Paths to universalize water and sewage services in Brazil: The role of regulatory authorities in promoting efficient service. **Utilities Policy**, v. 34, p. 1-10, 2015, p. 01. Tradução Livre: “A partir da análise da atividade regulatória, identificamos reguladores que não emitiram normas regulatórias relacionadas à promoção da eficiência alocativa ou produtiva. A análise dos resultados mostra que a atuação regulatória não tem garantido que os provedores alcancem melhor desempenho”.

4.3. A LIMITAÇÃO DO PODER DOS GOVERNANTES

Este item é curto e demanda menos referências por apenas resumir o que se discutiu anteriormente neste estudo. Foi exposto que um dos pontos fundamentais do constitucionalismo e, portanto, da construção e manutenção do Estado constitucional democrático é a limitação do poder⁴⁷⁴. Resgatando a reflexão de Pani⁴⁷⁵, tem-se que a ideia de Constituição “riguarda appunto due componenti: la regolamentazione del potere, nel senso del suo limite per chi lo gestisce e delle garanzie di libertà per chi vi è soggetto; e l'organizzazione del potere, l'ordinamento”⁴⁷⁶.

Assim, a regulação do poder estabelece limitações àqueles que exercem cargos de representatividade do povo e na própria justiça. Por isso, a separação dos poderes é tão importante nesse sistema:

A central aspect of the idea of limited power is that the three key state capacities – legislative, executive and judicial – should be exercised in institutionally distinct organs of the state, each of which has a counterbalancing effect on the powers held by the others⁴⁷⁷.

Sem tais limites, a tendência é de autoritarismo (como era a realidade das nações pré-constitucionais) e, mesmo que não se chegue a tal extremo, as pequenas decisões que tais representantes tomam no dia-a-dia podem impactar a vida de

⁴⁷⁴ “A constitution is the constellation of norms and practices, through which certain principles of governance are given effect in terms both of the relationship between the constitutional actors, and between those actors and citizens. It allocates powers to the various organs of the state and expresses the conditions for their exercise and thus, implicitly, at least, also their limits. Embracing ideas of constitutionalism responds to the recognition of the dispersal of constitutionally relevant activities around the organs of the state and argues for the regulation of public power”. SCOTT, Colin. Regulatory governance and the challenge of constitutionalism. **EUI Working Papers**, 2010, p. 02. Tradução Livre: “Uma constituição é a constelação de normas e práticas, por meio das quais certos princípios de governança são efetivados tanto em termos de relacionamento entre os atores constitucionais quanto entre esses atores e os cidadãos. Atribui poderes aos vários órgãos do Estado e expressa as condições do seu exercício e, assim, implicitamente, pelo menos, também os seus limites. Abraçar as ideias do constitucionalismo responde ao reconhecimento da dispersão das atividades constitucionalmente relevantes em torno dos órgãos do Estado e defende a regulamentação do poder público”.

⁴⁷⁵ PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2014.

⁴⁷⁶ PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2014. n.p. Tradução Livre: “diz respeito precisamente a duas componentes: a regulação do poder, no sentido do seu limite para quem o gere e das garantias de liberdade para quem a ele está sujeito; e a organização do poder, a ordem”.

⁴⁷⁷ SCOTT, Colin. Regulatory governance and the challenge of constitutionalism. 2010, p. 02. Tradução Livre: Um aspecto central da ideia de poder limitado é que as três principais capacidades do estado – legislativa, executiva e judicial – devem ser exercidas em órgãos do estado institucionalmente distintos, cada um dos quais tem um efeito de contrapeso nos poderes detidos pelos outros.

milhões de cidadãos. Viu-se que no Brasil o setor de saneamento carece de grandes melhorias. Ao discutirem riscos econômicos e políticos na implementação de reformas importantes no setor de água, Dinar et. al. refletem sobre como os diferentes grupos de interesse podem influenciar negativamente tais avanços, se não estiverem de acordo com os seus intentos:

Institutional reforms associated with changes in power and/or benefit distribution inevitably create considerable political opposition. The conventional view of institutional change is that it is either in the interest of economic efficiency, or it merely redistributes income. In this regard, interest groups form and attempt to impact the decision-making process so that the end result best serves their interests.

Powerful vested interests of political groups may slow, divert, or even stop a desirable reform. The larger the number of interest groups, the more complicated the implementation process is likely to be. Recent resource-development and resource-use-improvement projects emphasize the combination of physical and institutional investments. In such projects the sustainability of infrastructure investments is dependent on the performance of the institutions which manage them. Therefore, it is important, in such projects, to analyze the level of political risk associated with the implementation of the suggested institutional reforms⁴⁷⁸.

Assim, fica nítido que o poder político nem sempre está interessado na melhoria do bem-estar da população em primeiro lugar, mas sim em atender os seus próprios interesses. No Brasil, por exemplo, há esquemas de corrupção noticiados que confirmam que políticos votam em projetos pelos quais são pagos para votar, sem considerar o interesse público, como o denominado “Mensalão”⁴⁷⁹.

Para além de aprovar reformas, há outras formas de os governantes impactarem o mercado e o bem-estar social. Se, como foi visto, alguns deles são compráveis por outros políticos, é de se inferir que também podem ser comprados

⁴⁷⁸ DINAR, Ariel; BALAKRISHNAN, Trichur K.; WAMBIA, Joseph. **Political economy and political risks of institutional reform in the water sector**. The World Bank, 1999, p. 01. Tradução Livre: “Reformas institucionais associadas a mudanças de poder e/ou distribuição de benefícios inevitavelmente criam considerável oposição política. A visão convencional da mudança institucional é que ela é do interesse da eficiência econômica ou meramente redistribui renda. A esse respeito, os grupos de interesse se formam e tentam impactar o processo de tomada de decisão para que o resultado final atenda melhor aos seus interesses.

Os interesses poderosos de grupos políticos podem retardar, desviar ou até impedir uma reforma desejável. Quanto maior o número de grupos de interesse, mais complicado será o processo de implementação. Projetos recentes de desenvolvimento e melhoria do uso de recursos enfatizam a combinação de investimentos físicos e institucionais. Nesses projetos, a sustentabilidade dos investimentos em infraestrutura depende do desempenho das instituições que os administram. Portanto, é importante, nesses projetos, analisar o nível de risco político associado à implementação das reformas institucionais sugeridas”.

⁴⁷⁹ Ver: SILVA, Isabela Fernanda da. Mensalão: Um fato político acerca da democracia e do ordenamento jurídico. **Interitem@s**. ISSN 1677-1281, 2014, 28.28.; OLIVEIRA, Fabrício Roberto Costa; MARTINS, Cáo César Nogueira. O discurso eleitoral da Igreja Universal do Reino de Deus e a ascensão de Bolsonaro. **Plural: Revista de Ciências Sociais**, 2021, v. 28, n. 1, p. 237-258.

por aqueles que atuam no mercado e que, com isso, garantem que a regulamentação do mercado não vai ser tão eficaz a ponto de lhes impor responsabilidades que culminam no bem-estar das pessoas. Há diversos estudos nesse sentido⁴⁸⁰. Em resumo, a união dos poderes político (o de fazer e desfazer a regulamentação, por exemplo) e econômico (a alta capacidade aquisitiva) podem ser entraves à saúde do Estado constitucional democrático.

Sendo assim, é importante refletir sobre como a atuação das agências reguladoras (e a regulação, em geral) limita os detentores de poderes em relação ao mercado. Como foi trazido no Capítulo 3, as agências reguladoras foram desenhadas para ter independência em relação ao Poder que as cria, que é o Executivo. Além disso, não dependem também dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Resgatando a discussão, o Poder Legislativo não pode influenciar as decisões das agências reguladoras, mas estas estão sujeitas a seu controle financeiro pelo Tribunal de Contas. Além disso, o controle parlamentar pode exigir das agências justificativas sobre suas decisões (ou seja, pode questionar a legalidade delas), de forma que é essencial que as agências ajam em conformidade com a lei e com os seus limites. Assim, aqueles que detêm do Poder Legislativo dificilmente poderão influenciar na fiscalização dos grandes atores da economia, aqueles prestadores dos serviços elencados anteriormente. Vale ressaltar, no entanto, que os legisladores podem influenciar a regulamentação dos serviços, pelo que já foi mostrado.

O Poder Judiciário, por sua vez, tem o dever de apreciar qualquer ação que chegue ao seu conhecimento (o princípio da inafastabilidade da jurisdição), inclusive aquelas que contestam decisões das agências reguladoras. Ainda assim, por ser uma instituição generalista, o Judiciário deve procurar ter em conta as interpretações e os

⁴⁸⁰ Alguns exemplos: Kholdy, Shady; Sohrabian, Ahmad. Foreign direct investment, financial markets, and political corruption. *Journal of Economic Studies*, 2008.; Della Porta, Donatella. **Corrupt exchanges: Actors, resources, and mechanisms of political corruption**. Routledge, 2017.; White, Gordon. Corruption and market reform in China. *IDS Bulletin*, 1996, v. 27, n. 2, p. 40-47.; Chen, Ting; Kung, James Kai-sing. Busting the "Princelings": The campaign against corruption in China's primary land market. *The Quarterly Journal of Economics*, 2019, v. 134, n. 1, p. 185-226.; Hopkin, Jonathan. States, markets and corruption: a review of some recent literature. *Review of International Political Economy*, 2002, 9.3: 574-590.; Garcia, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção - teoria e evidências: uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul**. Tese (Doutorado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2003.; Cavalcante, Sávio. Classe média, meritocracia e corrupção. *Crítica Marxista*, 2018, v. 46, p. 103-125.; Speck, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012, 49-97.; Brei, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *Revista de Administração Pública*, 1996, 30.1: 64 a 77.; Gomes, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. *Teoria e Cultura*, 2010, 5.1 e 2.

prognósticos dos efeitos técnicos e regulatórios dos atos das agências especializadas⁴⁸¹. Outro ponto em comum entre as duas instituições são as demandas de usuários que saem da esfera das agências para a esfera judicial, como observa Falcão:

O pressuposto para existência de qualquer agência e suas múltiplas normas é que viabilizem um melhor serviço público para a população. No entanto, processos judiciais envolvendo estes serviços aumentam cada dia mais. É crescente a judicialização de casos envolvendo setores regulados. Permitam dois exemplos sintomáticos. Casos de telefonia já ocupam o terceiro lugar entre as maiores demandas que chegam ao Supremo Tribunal Federal com preliminar de repercussão geral. Atrás apenas de casos envolvendo servidores públicos e militares, e execuções fiscais e outras questões tributárias. No Rio de Janeiro, nos juizados especiais, empresas reguladas — de telefonia, energia, planos de saúde e outras — são os maiores demandados. O que se repete em quase todos os estados⁴⁸².

Com isso, a autor demonstrou a necessidade de as agências reguladoras controlarem tal aumento nas demandas⁴⁸³. Essa migração da solução de demandas dos setores regulados para o Judiciário mostram uma maior atuação destes do que da própria agência no quesito de relacionamento consumidor x prestador de serviços. De qualquer forma, o cenário ainda não é capaz de dar ao Poder Judiciário grande influência sobre os setores regulados.

O Poder Executivo, responsável pela criação das agências reguladoras, é sempre aquele que tem maior possibilidade de influenciar em suas decisões (o que influencia também o mercado, dando àquele maior poder sobre este). Se a agência reguladora é independente do Poder Executivo, a chance de este influenciar o mercado (e se beneficiar disso, prejudicando a população) é alta, ferindo a limitação de seu poder.

⁴⁸¹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Interpretation and institutions. **John M. Olin Program In Law and Economics**. University of Chicago Law School, n. 156, p. 1-55, 2002.

⁴⁸² FALCÃO, Joaquim. Agências reguladoras e o poder judiciário. **Revista Conjuntura Econômica**, 2008, v. 62, n. 6, p. 34-34.

⁴⁸³ “As agências poderiam propor que as concessionárias, além de tradicionais departamentos jurídicos, criassem departamentos de conciliação. Diques autônomos, contedores de demandas, que evitem a cultura, ainda dominante, de tudo judicializar. Reduziria o conflito entre concessionárias e consumidores. Tão importante quanto controlar os preços e a qualidade tecnológica dos serviços, seria criar um índice que medisse o grau de litigiosidade dos serviços regulados. Este índice revelaria o grau de insatisfação com o serviço e a exasperação do público. Ultrapassado certo nível, haveria maior controle e, se necessário, multa. Outra maneira de prevenir litigiosidade é aumentar a representatividade das resoluções das agências para que regulem o interesse de todos: agências, concessionárias e usuários. Normas de caráter “reflexivo”, diz Sérgio Guerra, que reflitam os interesses abrangentes da sociedade. Multi e não uni ou bi laterais”. FALCÃO, Joaquim. Agências reguladoras e o poder judiciário. 2008, p. 34.

Como aquele que pode escolher os representantes das agências reguladoras, o chefe do Executivo (e seus aliados) tem maior probabilidade de influenciar as suas decisões. A existência da agência reguladora, em tese, impede o Executivo de utilizar a tarifação dos serviços regulados para interesses eleitorais (em ano de eleição, por exemplo, evitar a subida das tarifas, que será compensada depois com aumento maior por conta dos juros). Além disso, a fiscalização das agências impede que o Poder Executivo seja o fiscalizador do mercado, o que pode gerar inúmeros problemas relacionados à corrupção.

Sendo assim, os mecanismos citados no Capítulo 3 (especialização técnica, e mandato dos dirigentes não coincidente com o mandato do Chefe do Executivo, por exemplo) são importantes para que haja efetivamente a independência do órgão regulador e, com isso, o bom funcionamento dos aspectos constitucionais que envolvem tais temas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa analisou-se o papel das Agências Reguladoras no Estado Constitucional de Direito, através de três aspectos constitucionais importantes: a manutenção da Ordem Econômica; o acesso a Direitos Fundamentais (nesse caso, direitos individuais e coletivos e direitos sociais); e a limitação do poder daqueles que representam o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Desta forma, foi possível observar com o Capítulo 1 que as pessoas, em mundo sem a concepção do Estado, estariam sujeitas à barbárie ou, pelo menos, à falta de desenvolvimento. Depois, com a formação do Estado a partir do declínio das sociedades feudais, os monarcas se utilizaram da teoria do “direito divino” para se legitimar no poder, o que impedia de serem questionados. Além disso, mesmo autores de grande impacto (Hobbes e Maquiavel) recomendaram a concentração do poder nas mãos do soberano, abrindo uma janela perigosa para o totalitarismo, distorções e abusos contra a população.

Apenas muito tempo depois, com as inúmeras experiências fracassadas do ponto de vista da população em relação a tal forma de organização, o Constitucionalismo veio atender aos principais anseios daqueles que antes eram regidos por reis sem compromisso com eles: os Direitos Fundamentais da população e a limitação do poder dos governantes. Além desses principais pontos, o Constitucionalismo prevê a existência de uma Constituição que assegure a soberania e a manutenção de nações estáveis e organizadas. Mesmo com os críticos e com as primeiras versões do sistema constitucionalista não sendo tão eficazes quanto se desejava, o sistema passou a ser adotado com muita abrangência.

Assim, o Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático de Direito) veio a reunir essas características desejadas pelas pessoas. Autores apontam que relacionar a Democracia (poder nas mãos do povo) e o Constitucionalismo (limitação do poder por quem o detém) é uma tarefa complexa, por se tratarem de opostos, mas o que se observa (e que apontam outros autores) é que, de fato, o sistema é mais eficaz do que o adotado anteriormente.

O Capítulo 2 mostrou como a história do Constitucionalismo no Brasil foi repleta de desvios no caminho para a construção de uma Constituição verdadeiramente

eficaz (nos moldes internacionais). Um exemplo trazido foi o período da Ditadura Militar, em que houve uma regressão da democracia ao autoritarismo e, com isso, muitos direitos conquistados pelos cidadãos até então foram suspensos. Mesmo assim, com o correr da História, houve a aprovação da Constituição de 1988, que trouxe o país de volta ao regime democrático e permitiu novamente a devida separação dos poderes e os direitos dos indivíduos (principalmente ao estabelecer que todo o ordenamento normativo deve respeitar o princípio da dignidade humana).

O texto mostra os princípios fundamentais da Constituição Brasileira, os direitos e garantias fundamentais, a organização do Estado e dos poderes, a defesa do Estado e das instituições democráticas, a tributação e orçamento, a ordem econômica e financeira e a ordem social. O mais importante nesse sentido é que a Constituição limitou os poderes através da separação (Executivo, Legislativo e Judiciário) e trouxe a necessidade (ou obrigação) de dar meios de a população ter acesso aos Direitos Fundamentais, elencados no dispositivo.

Além disso, o Capítulo trouxe a história da Regulação no Brasil, que saiu da posição de Estado Interventor para Estado Regulador, e de como a Regulação é mais tecnicamente responsável pela manutenção da ordem de mercados do que os membros do Executivo, pelo fato de aquela dispor de elementos técnicos obrigatórios que nem sempre são detidos pelos representantes do povo. Mostrou-se também que a Regulação no Brasil está dividida pela existência de Agências Reguladoras federais, estaduais, intermunicipais e municipais, cuja atuação se dá nos serviços que são responsabilidade de cada esfera de poder (o saneamento básico, por exemplo, é responsabilidade do poder municipal e será regulado pelas agências municipais).

O Capítulo 3 buscou trazer a essência da Regulação, que é produto da intervenção estatal na economia. Como foi evidenciado, a Regulação visa a correção das deficiências do mercado (situações diferentes daquelas que caracterizam mercados competitivos eficientes), por meio de edição de regras (de direito) ou pela instituição de autoridades de fiscalização⁴⁸⁴. Viu-se que tais mercados podem resultar, principalmente, em preço acima do de equilíbrio de mercado e qualidade dos produtos inferior àquela necessária para a manutenção do princípio da dignidade humana.

⁴⁸⁴ ABAR. **Glossário de termos utilizados na regulação dos serviços públicos e de infraestrutura**. PURC / ABAR: 2008, p. 66.

Vários conceitos de Regulação foram trazidos, de forma que se sintetiza que a Regulação é o dispositivo técnico mais importante do Estado contra as distorções trazidas pelo mercado (que prejudicam a população, principalmente). Viu-se também que, por ter tão grande importância e influência sobre o mercado, a atividade reguladora deve se manter afastada da influência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que seus detentores não a utilizem de forma inadequada, insuficiente ou orientada para seus interesses (em vez de para os interesses da população).

Assim, foram observados os níveis de dependência (ou subordinação) das Agências em relação a cada tipo de poder. O Poder Legislativo não pode influenciar as decisões das Agências Reguladoras, tendo apenas o dever de fazer um controle financeiro das mesmas (fiscalização), além de poder também requisitar informações sobre as decisões técnicas das Agências e, com isso, observar se estão dentro da legalidade e de suas atribuições, evitando abuso por parte das mesmas. O Poder Judiciário, por sua vez, também não pode alterar decisões técnicas das Agências, estando apto apenas a suspender aquelas que não estiverem de acordo com o princípio da legalidade (ou possuírem vícios). Assim, se as Agências Reguladoras tomarem decisões técnicas com embasamento e dentro do que a lei ordena, não serão alvo de influência dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O Poder Executivo, por criar as Agências Reguladoras (e ser responsável pela nomeação de seus dirigentes), tem uma influência maior sobre elas, mesmo que a lei determine a independência das Agências. Assim, foram abordados alguns mecanismos que tornam as Agências menos dependentes do Executivo, como o mandato dos dirigentes não coincidente com o mandato do chefe do Executivo e a especialização da equipe das agências, por exemplo.

Por fim, o Capítulo 4 mostrou como a Regulação auxilia na manutenção da ordem econômica dos mercados regulados, fornecendo exemplos do mercado de telecomunicações, por exemplo. A Agência Reguladora (nesse caso, a ANATEL) tem poder para editar normas que padronizam o mercado e, mais importante, de fiscalizar ativamente todos os participantes do mercado e aplicar sanções àqueles que estiverem agindo em desconformidade com as normas.

Seguindo, o Capítulo tornou clara a relação entre a existência da Regulação em um mercado e o acesso a Direitos Fundamentais pela população, dando novamente o exemplo das telecomunicações (a internet, como se viu, é um Direito

Humano Fundamental) e do saneamento básico, além de outros. O acesso a tais serviços auxilia na manutenção do princípio da dignidade humana e melhora a vida de milhões de pessoas no Brasil. Foi observado que a Regulação, por exemplo, auxilia na prestação dos serviços até às populações com menor capacidade aquisitiva (ou mais afastadas dos meios urbanos).

Por fim, o Capítulo revela que os mercados regulados no Brasil são de extrema importância para o desenvolvimento nacional, envolvem muito poder econômico e poderiam ser utilizados por aqueles que têm poder político (e judiciário) para benefício de algumas minorias, de forma que se resumiu brevemente (inclusive o que foi mostrado anteriormente) como a existência de Agências Reguladoras promove a limitação do poder por aqueles que o detêm e evita, assim, que tenham grande influência sobre tais mercados, o que é um dos principais pontos do Constitucionalismo. Para isso, no entanto, as Agências precisam dispor de meios que as tornem independentes, principalmente no aspecto técnico.

Dentro dos moldes em que foi realizada esta pesquisa, as hipóteses elencadas no início foram confirmadas: em sua atuação no Estado constitucional, as Agências Reguladoras promovem melhorias para a população que estão de acordo com os principais aspectos constitucionais. O que se observou, no entanto, é que ainda há algumas limitações em Agências (principalmente municipais) que podem comprometer a eficaz execução de seu papel no Estado Constitucional de Direito.

Assim, como sugestão de pesquisas futuras, traz-se que é importante analisar os pontos fracos das Agências e o quanto isso impacta a manutenção da ordem econômica, o acesso a Direitos Fundamentais pela população e a limitação do poder dos representantes políticos e dos agentes do Judiciário. Outro ponto importante é que esta pesquisa não trouxe de forma completa exemplos quantitativos do papel das Agências Reguladoras, por não ser esse o seu enfoque, mas que seria muito útil para uma próxima pesquisa.

REFERÊNCIAS

ABAR. **Glossário de termos utilizados na regulação dos serviços públicos e de infraestrutura**. PURC / ABAR: 2008.

ABAR. Quem Somos. **Associação Brasileira de Agências de Regulação**, [s.d.]. Disponível em: <<https://abar.org.br/quem-somos/>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

ABRANCHES, S. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 2, p. 19-49, 1999.

ABRANCHES, Sergio Henrique. **State enterprise and modes of privatization: a critical view based on brazilian examples**. IUPERJ: Rio de Janeiro, p. 4-5, 1984.

ABREU, Alzira Alves. Plano Nacional de Desenvolvimento (PND). FGV, CPDOC, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/plano-nacional-de-desenvolvimento-pnd>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ABREU, Neide Maria Carvalho. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, 2007.

ACKERMAN, Bruce. Taxation and the Constitution. **Colum. L. Rev.**, 1999, v. 99, p. 1.

AGÊNCIA Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Competências da ANEEL. [s. d.] Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/competencias>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Ministério da Infraestrutura, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

AGÊNCIA Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus - AGEMAN. Atribuições. **AGEMAN**, 2021. Disponível em: <<https://ageman.manaus.am.gov.br/atribuicoes/>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

ALBERT, Richard. Nonconstitutional amendments. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 2009, v. 22, n. 1, p. 5-47.

ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. 2008. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

ALSTON, Lee J.; FERRIE, Joseph P. **Southern paternalism and the American welfare state: Economics, politics, and institutions in the South, 1865-1965**. New York: Cambridge University Press, 1999.

ALTHOUSE, Ann. How to Build a Separate Sphere: Federal Courts and State Power. **Harvard Law Review**, 1987, v. 100, n. 7, p. 1485-1538.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de Constituição. **Direito Público**, v. 18, n. 98, 2021, p. 673-674.

Amazonas: governo muda Arsam para Arsepam com 58 cargos comissionados e 10 de conselheiro. Jornal 18 horas, Mix 100.7 FM Manaus. 2020. Disponível em: <https://18horas.com.br/amazonas/am-governo-muda-arsam-para-arsepam-com-58-cargos-comissionados-e-10-de-conselheiro/>. Acesso em: 08 set. 2022.

Anatel somou mais de R\$ 340 milhões de multas constituídas em 2021. Minha Operadora, 2021. Disponível em: <https://www.minhaoperadora.com.br/2022/04/anatel-somou-mais-de-r-340-milhoes-de-multas-constituídas-em-2021.html>. Acesso em: 25 jan. 2023.

Anatel: 98,2% da população brasileira tem acesso à internet móvel. Canaltech, 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/telecom/anatel-982-da-populacao-brasileira-tem-acesso-a-internet-movel-122178/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

ANEEL mantém multa de R\$ 6,3 milhões aplicada pela AGER/MT à Energisa Mato Grosso. Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso - AGER, 2022. Disponível em: <http://www.ager.mt.gov.br/-/19204952-aneel-mantem-multa-de-r-6-3-milhoes-aplicada-pela-ager/mt-a-energisa-mato-grosso>. Acesso em: 25 jan. 2023.

ANEEL multa três térmicas do PCS. CanalEnergia, 2022. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/noticias/53221721/aneel-multa-tres-termicas-do-pcs>. Acesso em: 25 jan. 2023.

ANTONIO GONZALO, José; PINA, Vicente; TORRES, Lourdes. Objectives, Techniques and valuation of state-owned companies in privatization processes. **Public Management Review**, 2003, v. 5, n. 2, p. 177-196.

APPEL, Benjamin J.; LOYLE, Cyanne E. The economic benefits of justice: Post-conflict justice and foreign direct investment. **Journal of Peace Research**, v. 49, n. 5, p. 685-699, 2012.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Maquiavel: a lógica da força**. São Paulo: Editora Moderna, 2005.

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 203-221, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p203. Acesso: 18 de ago de 2022.

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 203-221, 2018.

ARRETCHE, Marta. The geography of access to basic services in Brazil. **Paths of Inequality in Brazil: A Half-Century of Changes**, p. 137-161, 2019.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de direito administrativo**, v. 213, p. 141-148, 1998.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATEMAN, William. **Parliamentary Control of Public Money**. Tese de Doutorado (Philosophy). University of Cambridge, 2018.

BECK, Colin J.; DRORI, Gili S.; MEYER, John W. World influences on human rights language in constitutions: A cross-national study. **International Sociology**, 2012, 27.4: 483-501.

BELLAMY, Richard. The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996.

BELLAMY, Richard. The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. **Political Studies**, 1996, v. 44, n. 3, p. 436-456.

BERLIN, Isaiah; HARDY, Henry; HAUSHEER, Roger. The originality of Machiavelli. **First published**, p. 33-100, 1972.

BIANCULLI, Andrea C.; FERNÁNDEZ-I-MARÍN, Xavier; JORDANA, Jacint. The world of regulatory agencies: Institutional varieties and administrative traditions. In: **EPSA 2013 annual general conference paper**, 2013.

BIERSTEKER, Thomas J. State, sovereignty and territory. **Handbook of international relations**, p. 245-272, 2013.

BIN, Roberto. La sovranità nazionale e la sua erosione. **Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali**. Naples: Jovene, p. 369-381, 2013.

BIRNIR, Jóhanna Kristín; VAN COTT, Donna Lee. Disunity in diversity: party system fragmentation and the dynamic effect of ethnic heterogeneity on Latin American legislatures. **Latin American research review**, n. 42, v. 01, p. 99-125, 2007.

BLAU, Peter M. The hierarchy of authority in organizations. **American journal of Sociology**, v. 73, n. 4, p. 453-467, 1968

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Trad. Marco A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. The future of democracy. **Telos**, v. 1984, n. 61, p. 3-16, 1984.

BOETTKE, Peter. Is state intervention in the economy inevitable?. **Policy: A Journal of Public Policy and Ideas**, v. 28, n. 2, p. 38-42, 2012.

BOIX, Carles; SVOLIK, Milan W. The foundations of limited authoritarian government: Institutions, commitment, and power-sharing in dictatorships. **The Journal of Politics**, 2013, v. 75, n. 2, p. 300-316.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9a. ed. Brasília: OAB, 2008.

BRAITHWAITE, John; WALKER, John; GRABOSKY, Peter. An enforcement taxonomy of regulatory agencies. **Law & Policy**, v. 9, n. 3, p. 323-351, 1987.

BRAND-BALLARD, Jeffrey. **Limits of legality: the ethics of lawless judging**. Oxford University Press, 2010.

BRASIL, Governo Federal. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

BRASIL, Governo Federal. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

BRASIL, SENADO FEDERAL. Relatório final apreciado pela CPI da COVID em 26/10/2021. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/72c805d3-888b-4228-8682-260175471243>> Acesso em 04 de set de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição** da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. Decreto-lei no. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Finalidade e Marcos Legais da ANP. **Ministério de Minas e Energia**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Agências Infranacionais**. Disponível em: <<https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>> . Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Recursos humanos das Agências Reguladoras**: situação atual, diagnóstico e recomendações. Brasília: Presidência da República, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP No 1.886.929 – SP**, Voto do Min. Relator Luis Felipe Salomão. São Paulo/SP 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=161538412®istro_numero=202001916776&peticao_numero=202200671083&publicacao_data=20220909&formato=PDF. Acesso em: 28 Nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constituição 30 anos: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/633535994/constituicao-30-anos-as-constituicoes-brasileiras-de-1824-a-1988>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASILEIRO, Anísio; SANTOS, Enilson; ARAGÃO, Joaquim. Regulating interstate passenger transport by means of independent agencies: challenges to the institutional development of road passenger transport in Brazil. 2001.

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**, 1996, 30.1: 64 a 77.

BROWNELL JR, Herbert. Separation of Powers: Executive and Legislative Branches. **Dick. L. Rev.**, 1955, 60: 1.

BROWNELL JR, Herbert. Separation of Powers: Executive and Legislative Branches, 1955.

BRUTON, Henry. Import substitution. **Handbook of development economics**, 1989, 2: 1601-1644.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal. **Revista da CGU**, v. 13, n. 24, p. 207-219, 2021.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6a. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CALL, Charles (Ed.). **Constructing justice and security after war**. US Institute of Peace Press, 2007.

CAMARA, Jacintho Arruda; GASPARI, Filipe Natal. Raízes da regulação no Brasil. **Revista de Direito da Administração Pública**, v.1, n.1, jan/jun, 2019.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2: ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPOZZI, Eugenio, et al. **Il sogno di una costituzione. Giuseppe Maranini e l'Italia del Novecento**. Rubbettino, 2008.

CARULICE, Caio Barbosa de; SCHMITT, Vanessa Fernanda; HÜBNER, Ricardo. Agência Reguladora nos Planos Municipais de Saneamento: uma visão da experiência de atuação. *In: 20ª Exposição de Experiências Municipais em Saneamento*. Jaraguá do Sul: 2016.

CARVALHO, Anne Emília Costa; SAMPAIO, Luciano Menezes Bezerra. Paths to universalize water and sewage services in Brazil: The role of regulatory authorities in promoting efficient service. **Utilities Policy**, v. 34, p. 1-10, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Editora JusPodivm, 2017.

CASTIGLIONE, Dario. The political theory of the constitution. **Political Studies**, 1996, 44.3: 417-435.

CASTRO, Ana Lia [org.]. O saneamento não pode esperar. **Associação Brasileira de Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto**, 2019.

CATAIA, Marcio Antonio. Território político: fundamento e fundação do Estado. **Sociedade & natureza**, v. 23, p. 115-125, 2011.

CAVALCANTE, Sávio. Classe média, meritocracia e corrupção. **Crítica Marxista**, 2018, v. 46, p. 103-125.

CDE (2008) *apud* ANACOM. Análise de Impacto Regulatório: Objetivos, Metodologias e Casos de Estudo Relevantes no Sector das Comunicações Eletrónicas. ANACOM, 2015. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/AIR_estudoSetembro2015.pdf?contentId=1378073&field=ATTACHED_FILE>. Acesso em: 08 set. 2022.

CENDON, Antonio Bar. Accountability and public administration: Concepts, dimensions, developments. **Openness and transparency in governance: Challenges and opportunities**, v. 22, p. 61, 2000.

CHAUDHRY, Kiren Aziz. Economic liberalization and the lineages of the rentier state. **Comparative Politics**, 1994, 1-25.

CHEN, Ting; KUNG, James Kai-sing. Busting the “Princelings”: The campaign against corruption in China’s primary land market. **The Quarterly Journal of Economics**, 2019, v. 134, n. 1, p. 185-226.

CHIARI, Pietro. Stato, sovranità e giustizia. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, v. 38, n. 2, p. 357-364, 2008.

CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. The dynamics of decentralization and recentralization. **Public Administration**, v. 78, n. 2, p. 389-408, 2000.

CHRISTENSEN, Tom; LÆGREID, Per; RONESS, Paul G. Increasing parliamentary control of the executive? New instruments and emerging effects. **Journal of Legislative Studies**, v. 8, n. 1, p. 37-62, 2002.

CLARK, Giovani. **O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado: a regulação e a Constituição Brasileira de 1988**. Lusitana - Economia & Empresa, n. 09. Lisboa, 2009.

COLÓN-RÍOS, Joel. The end of the constitutionalism-democracy debate. **Windsor Rev. Legal & Soc. Issues**, v. 28, p. 25, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder (org). Prefácio. In: FAORO, Raymundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. The economic order in the Brazilian constitution of 1988. **The American Journal of Comparative Law**, 1990, n. 38, v. 4: p. 753-771.

COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton university press, 2020.

CORTES, Heitor de Menezes. Brasileiros natos e naturalizados. **Revista de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 403-409, 1945.

COUTINHO, Luciano G. O setor produtivo estatal: autonomia e limites. **Ensaio de Opinião**, São Paulo, p.33, s.d..

CRETELLA Júnior. **Definição da tutela administrativa**. Revista Direito Administrativo, p. 28-40. Rio de Janeiro, 1969.

D'ARAUJO, Maria Celina. **O Estado novo**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2000.

DARIAN-SMITH, Eve. The constitution of identity: new modalities of nationality, citizenship, belonging and being. **The handbook of law and society**, 2015, p. 351-366.

DE BIJL, Paul; PEITZ, Martin. **Regulation and entry into telecommunications markets**. Cambridge University Press, 2003.

DE BRITO ALVES, Fernando; ABILIO, Juan Roque. O poder regulador das agências reguladoras e as garantias democráticas: questões críticas. **JURIS-Revista da Faculdade de Direito**, 2017, 27.2: 155-188.

DE CASTRO, Susana. A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes. **Sofia**, v. 6, n. 2, p. 13-22, 2017.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 120, 2020.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 120, 2020.

DELLA PORTA, Donatella. **Corrupt exchanges: Actors, resources, and mechanisms of political corruption**. Routledge, 2017.

DEMETERCO NETO, Antenor. **Democracia, regulação e desenvolvimento: a universalização e redistribuição de renda no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DENIER, Yvonne. On personal responsibility and the human right to healthcare. **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, v. 14, n. 2, p. 224-234, 2005.

DENOZZA, Francesco. Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”. **Rivista Telematica ISSN**, v. 2282, p. 667X, 2013.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do estado constitucional democrático de direito. **RIBD. Lisboa, Instituto de Direito Brasileiro**. Vol. 1, n. 1, p. 143-182, 2012.

DINAR, Ariel; BALAKRISHNAN, Trichur K.; WAMBIA, Joseph. **Political economy and political risks of institutional reform in the water sector**. The World Bank, 1999.

DISTRITO FEDERAL, Poder Executivo. **Lei nº. 4.285, de 26/12/2008**: Reestrutura a Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal – ADASA/DF, dispõe sobre recursos hídricos e serviços públicos no Distrito Federal e dá outras providências. Brasília: 2008.

DORIA, Antônio de Sampaio. **Direito Constitucional**, 3a ed., São Paulo, Nacional, 1953.

DORNAN, Matthew. Access to electricity in Small Island Developing States of the Pacific: Issues and challenges. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 31, p. 726-735, 2014.

DORSETT, Shaunnagh; MCVEIGH, Shaun. **Jurisdiction**. Routledge-Cavendish, 2012.

Droit administratif, 3.a ed., 1964, p. 487 *apud* CRETELLA Júnior. **Definição da tutela administrativa**. Rio de Janeiro, 1969.

DUBOIS, Hans FW; FATTORE, Giovanni. Definitions and typologies in public administration research: the case of decentralization. **Intl Journal of Public Administration**, v. 32, n. 8, p. 704-727, 2009, p. 707-708.

DUNLEAVY, Patrick; MUIR, Dominic. Parliament bounces back—how Select Committees have become a power in the land. **Democratic Audit blog**, 2013.

DURHAM, Christine M. The Judicial Branch in State Government: Parables of Law, Politics, and Power. **NYUL Rev.**, 2001, v. 76, p. 1601.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995.

EATWELL, John; MILGATE, Murray. **The fall and rise of Keynesian economics**. Oxford University Press, 2011.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. Cambridge University Press, 2009.

ESTEVES, Rafael Polizel. **O papel da Agência Reguladora na universalização do saneamento**: Uma análise comparativa nos municípios de Birigui-SP e Araçatuba-SP. Dissertação (Mestrado em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos).

Faculdade de Engenharia de Ilha Solteira - Universidade Estadual Paulista. Ilha Solteira: 2021.

FABRE, Cécile. **Social rights under the constitution: government and the decent life**. OUP Oxford, 2000.

FALCÃO, Joaquim. Agências reguladoras e o poder judiciário. **Revista Conjuntura Econômica**, 2008, v. 62, n. 6, p. 34-34.

FALLON JR, Richard H. How to choose a constitutional theory. **Cal L. Rev.**, 1999, 87: 535.

FAN, Qiuyan. Regulatory factors influencing Internet access in Australia and China: a comparative analysis. **Telecommunications Policy**, v. 29, n. 2-3, p. 191-203, 2005.

FAVORETTO ROCHA, Daniel. New Perspective of the Separation of Powers by the Spherical Tripartition Theory. **Available at SSRN 2963315**, 2017.

FERRAZ, A.C.C. **Poder Constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, M. G. O Estado Federal Brasileiro à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 86, p. 116-129, 1991. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67158>. Acesso em: 18 jan. 2023.

FILHO, Adhemar. Aspectos Gerais e Jurídicos Das Joint Ventures no Brasil e Sua Importância Para a Internacionalização Das Empresas. **Revista 178 [online]**, 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-comercial/aspectos-gerais-e-juridicos-das-joint-ventures-no-brasil-e-sua-importancia-para-a-internacionalizacao-das-empresas/#_ftn3. Acesso em: 07 dez. 2021.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. As Origens Do Constitucionalismo Brasileiro: O Pensamento Constitucional no Império. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2010, p. 6268-6279.

FISS, Owen M. **Liberalism divided: Freedom of speech and the many uses of state power**. Routledge, 2018.

FLORENCIO, Paulo. Anatel: Principais Serviços Autorizados. **Target**, 2018. Disponível em: <https://www.targetso.com/2018/09/28/anatel-principais-servicos-autorizados/>. Acesso em: 21 jan. 2023.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. O processo de substituição de importações. In: REGO, José Márcio; MARQUES, Rosa Maria [org.]. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREEMAN, S. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. **Law and Philosophy**, 9, 1990, pp. 326-327.

FREITAS, Rafael Vêras. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREUND, Ernst. **The police power**. Рипол Классик, 1904.

FUHRMANN, Italo Roberto. História do Direito Constitucional Brasileiro—Elementos Históricos da Formação do Pensamento Constitucional no Brasil. **Revista Jurídica Portucalense**, p. 101-130, 2018.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 3a ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

GAMBINO, Silvio. **Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica**. Giuffrè Editore, 2009.

GARBACZ, Christopher; THOMPSON JR, Herbert G. Demand for telecommunication services in developing countries. **Telecommunications policy**, v. 31, n. 5, p. 276-289, 2007.

GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção - teoria e evidências: uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul**. Tese (Doutorado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2003.

GAVIÃO, Vanessa Cristina. A relação entre o constitucionalismo e a democracia: uma análise da nova lei de cotas sociais. **Revista de Informação Legislativa**, 2013, v. 50. n. 199, p. 237-254.

GESELL, Silvio. **The natural economic order**. London: Owen, 1958.

GILARDI, Fabrizio. The institutional foundations of regulatory capitalism: the diffusion of independent regulatory agencies in Western Europe. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, 2005, 598.1: 84-101.

GODINHO, Isabella Oliveira; ANDRADE, Rebeca Barbosa. Judicialização e ativismo judicial: o comportamento do Poder Judiciário. **In: Entre a crítica e a defesa da legitimidade da jurisdição constitucional: I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Initia Via Editora, 2015.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 140p. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2011.

GOMES, David Francisco Lopes. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

GOMES, Gilberto Mendes Calasans. Limites ao controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União: casos selecionados em 2018. **Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília**, v. 5, n. 2, p. 109-126, 2019.

GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. **Teoria e Cultura**, 2010, 5.1 e 2.

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. **XIV Encontro do Conpedi**, v. 16, 2005.

GOODPASTER, Gary S. The Constitution and Fundamental Rights. **Ariz. L. Rev.**, v. 15, p. 479, 1973.

GOODSTEIN, Jerry D.; VELAMURI, S. Ramakrishna. States, power, legitimacy, and maintaining institutional control: The battle for private sector telecommunication services in Zimbabwe. **Organization Studies**, v. 30, n. 5, p. 489-508, 2009.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

GRIMM, Dieter. Types of constitutions. **The Oxford handbook of comparative constitutional law**, p. 98-132, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 1, p. 13-19, 2007.

GROSS, Aeyal. Is there a human right to private health care?. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 41, n. 1, p. 138-146, 2013.

HALL, Peter A.; HALL, Peter Andrew. **Governing the economy: The politics of state intervention in Britain and France**. New York: Oxford University Press, 1986.

HAMILTON, Walton H. The institutional approach to economic theory. **The American Economic Review**, v. 9, n. 1, p. 309-318, 1919.

HANRETTY, Chris; KOOP, Christel. Measuring the formal independence of regulatory agencies. **Journal of European Public Policy**, 2012, v. 19, n. 2, p. 198-216.

HEMMING, Mr Richard; MANSOOR, Mr Ali M. **Privatization and public enterprises**. International Monetary Fund, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Hinsley, Francis H. **Sovereignty**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. J. Paulo Monteiro & Maria B. N. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOLBURN, Guy LF; VANDEN BERGH, Richard G. Influencing agencies through pivotal political institutions. **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 20, n. 2, p. 458-483, 2004.

HOLMES, Pablo; DANTAS, Maria Eduarda. A (More) Cosmopolitan Sociology of Constitutions: Marcelo Neves' Theory of Symbolic Constitutionalization. **Law as**

Passion: Systems Theory and Constitutional Theory in Peripheral Modernity, 2021, 73-91.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. **Constitutionalism and democracy**, v. 195, n. 1, p. 199-221, 1988.

HOOD, Christopher; JAMES, Oliver; SCOTT, Colin. Regulation of government: has it increased, is it increasing, should it be diminished?. **Public Administration**, v. 78, n. 2, p. 283-304, 2000.

HOPENHAYN, Hugo; LOHMANN, Susanne. Fire-alarm signals and the political oversight of regulatory agencies. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 12, n. 1, p. 196-213, 1996.

HOPKIN, Jonathan. States, markets and corruption: a review of some recent literature. **Review of International Political Economy**, 2002, 9.3: 574-590.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro: doutrina, jurisprudência, evolução**. Gráficos Santa Maria, 1964.

IBÁÑEZ, José A. Gómez; GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating infrastructure**. Harvard University Press, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Brasileiro de 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria**. Instituto Trata Brasil, 2021. Disponível em: <<https://www.tratabrasil.org.br/pt/estudos/estudos-itb/itb/qualidade-da-regulacao-do-saneamento-no-brasil-2022-02-03-16-06-05>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento**. 14^a ed. São Paulo, 2022.

INTVEN, Hank. **Telecommunications regulation handbook**. Washington, DC: World Bank, 2000.

J.J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5a ed., Coimbra, Almedina, 2002.

JORDANA, Jacint; FERNÁNDEZ-I-MARÍN, Xavier; BIANCULLI, Andrea C. Agency proliferation and the globalization of the regulatory state: Introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies. **Regulation & Governance**, 2018, 12.4: 524-540.

KAWAHALA, Erica de Angelis. **Os atos das agências reguladoras: aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

KEPPEL, Matthias. Political Control and Parliamentary Committees of Inquiry: Strengthening the Quality of Democracy. **Journal of the Knowledge Economy**, p. 1-23, 2022.

KHOLDY, Shady; SOHRABIAN, Ahmad. Foreign direct investment, financial markets, and political corruption. **Journal of Economic Studies**, 2008.

KRYGIER, Martin. Rule of Law (and Rechtsstaat). **UNSW Law Research Paper**, n. 2013-52, 2013.

L'ACQUA, UN DIRITTO UMANO; COMUNE, IL CAMMINO DELL'ACQUA BENE; MONDO, NEL. Lottare per l'ACQUA. **I Quaderni della R.E.S. Valdera**, 2015.

LANGFORD, Malcolm (Ed.). **Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law**. Cambridge: 2008.

LASHON, Kelvin. Between Brazilian Arbitration and European Arbitration: A study about the National Telecommunications Agency (ANATEL) and the Office of Communications (OFCOM). **International Journal of Science and Society**, v. 4, n. 4, p. 582-592, 2022.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEIJONHUFVUD, Axel. Keynes and the Crisis. **CEPR Policy Insight**, v. 23, p. 1-6, 2008.

LEUENBERGER, Deniz Zeynep; BARTLE, John R. **Sustainable development for public administration**. Routledge, 2014.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 10, n. 2, p. 201-246, 1994.

LIMA, Artur Carnauba Guerra Sangreman. **O poder normativo das agências reguladoras: deslegalização, legitimidade democrática e controle**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2016.

LITTLE, Thomas H.; OGLE, David B. **The legislative branch of state government: people, process, and politics**. ABC-CLIO, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Ariel, 1986.

LOPES, Plínio. CPIs não dão resultado? Relembre o que ocorreu depois de algumas comissões. **TAB UOL**, 2021. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2021/07/16/as-cpis-nao-tem-resultados-relembre-o-impacto-de-algumas-comissoes.htm>>. Acesso em 04 de set de 2022.

LORENZ, Astrid. How to measure constitutional rigidity: four concepts and two alternatives. **Journal of Theoretical Politics**, 2005, v. 17, n. 3, p. 339-361.

LUCAS, Eugênio Pereira. Regulação: Questões Conceptuais e Terminológicas. **XXXI Encontro da Anpad**. 2007. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A2369.pdf>>. Acesso: 15 de ago de 2022

LUTZ, Donald S. Thinking about constitutionalism at the start of the twenty-first century. **Publius: The Journal of Federalism**, 2000, v. 30, n. 4, p. 115-135.

LUZ e gás consomem mais da metade da renda de 46% dos brasileiros. Instituto Clima e Sociedade, 2021. Disponível em: <https://climaesociedade.org/luz-e-gas-consoem-mais-da-metade-da-renda-de-46-dos-brasileiros/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

MACHADO HORTA, Raul. Constituição e ordem econômica e financeira. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 72, p. 7, 1991, p. 20.

MADDEX, Robert L. **Constitutions of the World**. Routledge, 2014.

MADEIRA, Rodrigo Ferreira. **O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para universalização do acesso**. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social: Rio de Janeiro, 2010.

MAGAT, Wesley; KRUPNICK, Alan J.; HARRINGTON, Winston. **Rules in the making: A statistical analysis of regulatory agency behavior**. RFF Press, 2013.

MAIA, Anderson Menezes. **O quarto elemento constitutivo do Estado brasileiro: entre as finalidades da república federativa do Brasil e sua realidade social**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Autónoma de Lisboa, 120 p., 2016.

MAINWARING, Scott, et al. (ed.). **Building democratic institutions: Party systems in Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. In: **The State in Western Europe Retreat or Redefinition?**. Routledge, 2019.

MALISKA, Marcos Augusto; CARVALHO, Fabrício. Direitos Sociais e Paternalismo no Contexto do Estado Social. **REVISTA ESMAT**, v. 10, n. 15, p. 131-148. 2018, p. 140.

MANAUS. Prefeitura Municipal. **Decreto nº. 4.189, de 26 de outubro de 2018**: Dispõe sobre o Regimento Interno da Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus – AGEMAN, e dá outras providências. Prefeitura Municipal de Manaus, 2018. Disponível em: <https://ageman.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2018/10/Decreto-4189-de-26.10.18_REGIMENTO-INTERNO-AGEMAN.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2021.

MANETTI, Michela. Costituzione, partecipazione democratica, populismo. **Rivista N**, v. 3, n. 2018, 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MARRONE, Pierpaolo. Il pinguino di Hobbes: stato di natura e doping morale. **ENDOXIA**, 2016, v 1. n. 2, p. 31-37.

MARTINEZ, Marcello; CANONICO, Paolo. L'organizzazione delle Agenzie per la regolazione e la competizione nei mercati di servizi di trasporto pubblico. **Mercurio R.(a cura di), Organizzazione, regolazione e competitività, McGraw-Hill, Milano, 2006.**

MASSA PINTO, Ilenia, et al. Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della costituzione. In: **I diritti fondamentali in Europa.** Giuffrè, 2002. p. 605-626.

MATOS, Marilene Carneiro. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata. **Brasília, E-Legis**, n. 8, p. 66-81, 2016.

MATSAGANIS, Manos. The welfare state and the crisis: the case of Greece. **Journal of European Social Policy**, 2011, v. 21, n. 5, p. 501-512.

MATSUSAKA, John G. Direct democracy and the executive branch. **Direct democracy's impact on American political institutions**, 2008, p. 115-135.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do Estado regulador.** 2016, p. 149.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A formação do Estado regulador.** CEBRAP, 2016.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. **Novos Estudos**, n. 76. CEBRAP, 2016, p. 139-156. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/LBhmSzWzZXByZK7P5bkMRFg/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

MCGARITY, Thomas O. Presidential Control of Regulatory Agency Decisionmaking. **Am. UL Rev.**, v. 36, p. 443, 1986.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern.** Indianápolis: Liberty Fund, 2008.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008.

MEIRELLES, H.L.; ALEIXO, D.B.; BURLE FILHO, J.E. **Direito administrativo brasileiro.** 39ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MELO, Álisson José Maia; JUNIOR, Alceu de Castro Galvão. Regulação e universalização da prestação dos serviços de abastecimento de água. **Paranoá: cadernos de arquitetura e urbanismo**, n. 10, p. 49-58, 2013.

MENDES, Allander Caçula. **Funções atípicas da justiça eleitoral: instrumento de efetivação da democracia.** 2006. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Elsevier Brasil, 2008.

MENEZES, Monique. O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, p. 107-125, 2012.

MESQUITA, Alvaro in: MESQUITA, Augusto Pereira. **O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro** - Problemas e soluções. Senado Federal, 2005.

MESQUITA, Alvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro: problemas e soluções. **Brasília a. 42**, n. 166: Brasília, 2016.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. Princeton University Press, 2005.

MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal of Constitutional Law**, 2003, v. 1, n. 1, p. 13-34.

MIKULA, Gerold; WENZEL, Michael. Justice and social conflict. **International Journal of Psychology**, v. 35, n. 2, p. 126-135, 2000.

MILLETT, John D. Post-War Trends in Public Administration in the United States. **The Journal of Politics**, 1949, v. 11, n. 4, p. 736-747.

MINGARDI, Alberto (Ed.). **Antitrust: mito e realtà dei monopoli**. Rubbettino Editore, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3a ed., Coimbra, Coimbra ed., 2000.

MONACO, Giuseppe. La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative. **Politica del diritto**, n. 42, v. 1, p. 45-78, 2011.

MONTEIRO, Maria José Cyhlar. Trinta anos de queda. **AgroANALYSIS**, v. 18, n. 2, p. 26-27, 1998.

MOORE, Kathleen Dean. **Pardons: Justice, mercy, and the public interest**. Oxford University Press, 1997.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. São Paulo: **Atlas**, 2002.

MORAES, Humberto Pena de. Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988. Estado de defesa e estado de sítio. **Revista EMERJ**, n. 23, 2003.

MORK, Knut Anton; HALL, Robert E. Energy prices, inflation, and recession, 1974-1975. **The Energy Journal**, 1980, 1.3.

MORRISON, Alan B. How independent are independent regulatory agencies. **Duke LJ**, 1988.

MORRISON, Trevor W. Constitutional Avoidance in the Executive branch. **Colum. L. Rev.**, 2006, v. 106, p. 1189.

MOUROUGANE, A.; PISU, M. Promoting Infrastructure Development in Brazil. **OECD Economics Department Working Papers**, n. 898. OECD Publishing, Paris, 2011.

MUSI, Aurelio. **Mezzogiorno spagnolo: la via napoletana allo stato moderno**. Guida Editori, 1991.

MUZYCHENKO, G. V. Necessity and limits of state intervention to the economy of modern countries. **Man, Society, Politics: Topical challenges of the modernity**, 2019.

MWENDA, Kenneth Kaoma. **Legal aspects of financial services regulation and the concept of a unified regulator**. World Bank Publications, 2006.

NARZETTI, Daniel Antonio; MARQUES, Rui Cunha. Access to water and sanitation services in Brazilian vulnerable areas: The role of regulation and recent institutional reform. **Water**, v. 13, n. 6, p. 787, 2021.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Nova edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOLL, Roger G. Economic perspectives on the politics of regulation. **Handbook of industrial organization**, 1989, 2: p. 1253-1287.

NOYOLA, Adalberto; HELLER, Leo; OTTERSTETTER, Horst. Os desafios para a universalização do saneamento básico. In: **GALVÃO, LAC; FINKELMAN, J.; HENAO, S. Determinantes ambientais e sociais da saúde**. OPAS: Editora FIOCRUZ, p. 369-384, 2011.

NULLMEIER, Frank; KAUFMANN, Franz-Xaver. Post-war welfare state development. **The Oxford handbook of the welfare state**, v. 1, p. 81-101, 2010.

Ogus, A. I. W(h)ither the Economic Theory of Regulation? What Economic Theory of Regulation? In J. Jordana, & D. Levi Faur (Eds.), **The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance** (pp. 31-44). Edward Elgar Publishing, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Alberto. **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essential Ideal Editora, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Alberto. **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essential Ideal Editora, 2016.

OLIVEIRA, Fabrício Roberto Costa; MARTINS, Cáo César Nogueira. O discurso eleitoral da Igreja Universal do Reino de Deus e a ascensão de Bolsonaro. **Plural: Revista de Ciências Sociais**, 2021, v. 28, n. 1, p. 237-258.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 523-43, 2006.

PACHECO, Regina Silvia. **Regulação no Brasil**: desenho das agências e formas de controle. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 523-43, 2006.

PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2014.

PANI, Mario. **Il costituzionalismo di Roma antica**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2014.

PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. Ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.

PATHAK, Arshi. Electricity: A Fundamental Right. **Issue 5 Int'l JL Mgmt. & Human.**, v. 5, p. 265, 2022.

PEDERSEN, Helene Helboe; BINDERKRANTZ, Anne Skorkjær; CHRISTIANSEN, Peter Munk. Lobbying across arenas: Interest group involvement in the legislative process in Denmark. **Legislative Studies Quarterly**, 2014, v. 39, n. 2, p. 199-225.

PEDRA, Douglas Pereira, et al. Metodologia adotada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis para a detecção de cartéis. **ANP**, Rio de Janeiro, 2010.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. I diritti fondamentali sociali a prestazioni e i vincoli di bilancio della Costituzione brasiliana. **Revista da ESDM**, v. 1, n. 1, p. 29-64, 2015.

PIERRE, Jon. 7. Governing the welfare state: public administration, the state and society. **Bureaucracy in the modern state: An introduction to comparative public administration**, 1995.

PINHEIRO, Ivan Antônio; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. A condição de autarquia especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão. **Revista de Administração Pública**, v. 36, n. 3, p. 459 a 484, 2002.

PINOTTI, Paolo. Trust, regulation and market failures. **Review of Economics and Statistics**, 2012, v. 94, n. 3, p. 650-658.

PINTO, Pedro Duarte. Tribunal de Contas da União, agências reguladoras e um diálogo na construção de melhores resultados regulatórios (Federal court of audit, regulatory agencies and a dialogue in the improvement of regulatory measures). [TESTE] **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 5, n. 1, p. 183-223, 2014.

PITKIN, Hanna Fenichel. The Idea of a Constitution. **J. Legal Educ.**, v. 37, p. 167, 1987.

POSNER, Daniel N.; YOUNG, Daniel J. The institutionalization of political power in Africa. **Journal of democracy**, 2007, 18.3: 126-140.

POSNER, Richard A. Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework. In: **Regulation vs. litigation: perspectives from economics and law**. University of Chicago Press, 2010.

PRADO, Mariana Mota. Implementing independent regulatory agencies in Brazil: The contrasting experiences in the electricity and telecommunications sectors. **Regulation & Governance**, n. 6, v. 3, p. 300-326, 2012.

Principais Serviços Autorizados. **Target**, 2018. Disponível em: <https://www.targetso.com/2018/09/28/anatel-principais-servicos-autorizados/>. Acesso em: 21 jan. 2023.

PRZEWORSKI, Adam; SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDON, Casiano. A minimalist conception of democracy. **Democracy's value**, p. 23-55, 1999.

QUIGGIN, John. **Economic liberalism: Fall, revival and resistance**. 2005.

QUIGGIN, John. **Economic liberalism: Fall, revival and resistance**. 2005.

RAADSCHELDERS, Jos CN. **Public administration: The interdisciplinary study of government**. Oxford University Press, 2011.

RAIMONDI, Fabio. Necessità nel Principe e nei Discorsi di Machiavelli. **Necessità nel Principe e nei Discorsi di Machiavelli**, p. 1000-1024, 2009.

RAWLS, John. A theory of justice. In: **Ethics**. Routledge, 2004.

Retrato das injustiças no acesso à energia elétrica. Outras Mídias, 2022. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/retrato-das-injusticas-no-acesso-a-energia-eletrica/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

Retrato das injustiças no acesso à energia elétrica. Outras Mídias, 2022. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/retrato-das-injusticas-no-acesso-a-energia-eletrica/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

REZENDE FILHO, Cyro de Barros; CÂMARA NETO, Isnard de Albuquerque. A evolução do conceito de cidadania. **Revista de Ciências Humanas da UNITAU**, v. 7, n. 2, 2001.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. **Sequência (Florianópolis)**, p. 189-207. 2012, p. 192-193.

ROCHA, Cléa Carpi et al. (orgs.). **As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica**. Brasília: OAB Editora, 2008.

Röller, L.H. and Waverman, L. (2001), "Telecommunications infrastructure and economic growth: a simultaneous approach", **American Economic Review**, v. 91, n. 4, pp. 909-23.

ROMANELLO, M. V. D. O saneamento básico como direito fundamental: uma análise jurídica dos desafios enfrentados na cidade de Salvador/BA. **R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga**, v. 10, n. 2, p. 1 - 24, 2019.

ROSENBLOOM, David H.; KRAVCHUK, Robert S.; CLERKIN, Richard M. **Public administration: Understanding management, politics, and law in the public sector**. Routledge, 2009.

ROUSSEAU, J.-J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROWE, Gerard C. Administrative supervision of administrative action in the European Union. In: **Legal Challenges in EU Administrative Law**. Edward Elgar Publishing, 2009.

RUBENFELD, Jed. Unilateralism and constitutionalism. **NYUL Review**, v. 79, p. 1971, 2004.

RUDOLPH, Christopher. Sovereignty and territorial borders in a global age. **International studies review**, v. 7, n. 1, p. 1-20, 2005.

RUEDA, David. Dualization, crisis and the welfare state. **Socio-Economic Review**, 2014, v. 12, n. 2, p. 381-407.

RUSSO, P. La filosofia politica di Hobbes. **Il Pensiero Politico**, v. 43, n. 2, p. 282, 2010.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019. Tese de Doutorado. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. Em dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia–UNIPG.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SASSEN, Saskia. Globalization or denationalization?. **Review of International Political Economy**, n. 10, v. 1, p. 1–22, 2003.

SAURIN, V.; PEREIRA, B. A. D. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. **Revista de Ciências da Administração**, v. 0, n. 1, p. 43-59, 1998.

SAYRE, Wallace S. Premises of public administration: Past and emerging. **Public Administration Review**, 1958, v. 18, n. 2, p. 102-105.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Duke University Press, 2008.

SCOTT, Colin. Regulatory governance and the challenge of constitutionalism. **EUI Working Papers**, 2010.

SCUTO, F. et al. L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU. **FEDERALISMI. IT**, n. 4, p. 915-939, 2022.

SILVA, Isabela Fernanda da. Mensalão: Um fato político acerca da democracia e do ordenamento jurídico. **Intertem@s**. ISSN 1677-1281, 2014, 28.28.

SILVA, JEOVAN ASSIS DA; GUIMARÃES, Tomas Aquino. Agências reguladoras e tribunais: inter-relações entre Administração e Justiça. **Cadernos EBAPE. BR**, v. 18, p. 512-524, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, v. 6, n. 4, p. 17-22, 1994.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SIMONOVIC, Ivan. State sovereignty and globalization: are some states more equal. **Ga. J. Int'l & Comp. L.**, v. 28, p. 381, 1999.

SINCLAIR, Timothy J. Between state and market: Hegemony and institutions of collective action under conditions of international capital mobility. **Policy sciences**, 1994, v. 27, n. 4, p. 447-466.

SOLARI, Gioele. **La formazione storica e filosofica dello stato moderno**. Guida Editori, 2000.

SPADARO, Antonino. Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità. **Quaderni costituzionali**, v. 18, n. 3, p. 343-422, 1998.

SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012.

SPECK, Bruno Wilhelm. Tribunais de Contas. **Revista Gestão e Controle**, n. 1, p. 211-219, 2013.

STAPENHURST, Rick (ed.). **Legislative oversight and budgeting: A world perspective**. World Bank Publications, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari [coord.]. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Interpretation and institutions. **John M. Olin Program In Law and Economics**. University of Chicago Law School, n. 156, p. 1-55, 2002.

TAYLOR-GOUBY, Peter; TAYLOR-GOUBY, Peter. **The double crisis of the welfare state**. Palgrave Macmillan UK, 2013.

THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. **West european politics**, 2002, v. 25, n. 1, p. 125-147.

THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. **West european politics**, v. 25, n. 1, p. 125-147, 2002.

THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. **West European Politics**, v. 25, n. 1, p. 125-147, 2002.

THORNHILL, Christopher; SEITZER, Jeffrey; SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**, v. 177, p. 29-49, 1989.

TRIBE, Keith. **Strategies of economic order: German economic discourse, 1750-1950**. Cambridge University Press, 2007.

TRUBNIKOV, Dmitrii. Regulation of telecommunications: The choice between market and regulatory failures. **The Law, State and Telecommunications Review/Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 9, n. 1, p. 29-48, 2017.

TSEBELIS, George. Constitutional rigidity matters: A veto players approach. **British Journal of Political Science**, 2022, v. 52, n.1, p. 280-299.

TULLY, Stephen. The human right to access electricity. **The Electricity Journal**, v. 19, n. 3, p. 30-39, 2006.

TULLY, Stephen. The human right to access electricity. **The Electricity Journal**, v. 19, n. 3, p. 30-39, 2006.

TUROLLA, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi. A economia do saneamento básico. **III Ciclo de Debates do Grupo de Estudos em Economia Industrial, Tecnologia e Trabalho**. PUC-SP: São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUCSP_TurollaeOhira.pdf> . Acesso em: 02 dez. 2021.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**, 1948.

VIEIRA, Rejane Esther. O Estado regulador e a gestão pública no Brasil. **Revista Atualidades Jurídicas**, ano 5, n. 5. Faculdade de Educação São Luís: 2009.

VIVALDI, Elena; GUALDINI, Annalisa. Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future. **Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future**, p. 115-151, 2013.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, a. 36, n. 141, 1999.

WALUCHOW, Wil; KYRITSIS, Dimitrios. Constitutionalism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2001.

WAN, Guanghua; FRANCISCO, Ruth. Why is access to basic services not inclusive?. **Poverty, Inequality, and Inclusive Growth in Asia: Measurement, Policy Issues, and Country Studies**, p. 199, 2010.

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, at 638.

WHITE, Gordon. Corruption and market reform in China. **IDS Bulletin**, 1996, v. 27, n. 2, p. 40-47.

WILSON, W. The study of administration. **Political Science Quarterly**, v.2, n.1, 197-222, 1887.

WINDHOLZ, E.; HODGE, G. A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 264, p. 13–56, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14076>. Acesso em: 15 ago. 2022.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Rowman & Littlefield, 1994. p. 04.

WOLLMANN, Hellmut; MARCOU, Gérard (ed.). **The provision of public services in Europe: Between state, local government and market**. Edward Elgar Publishing, 2010.

WWF-Brasil. Acesso à energia com fontes renováveis em regiões remotas no Brasil. **WWF Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?76422/Acesso-a-energia-com-fontes-renovaveis-em-regioes-remotas-no-brasil>. Acesso em: 25 jan. 2023.

ZALAUQUETT, José. Confronting human rights violations committed by former governments: Applicable principles and political constraints. **Hamline L. Rev.**, 1990, v. 13, p. 623.