



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOSÉ BRAGA JÚNIOR

AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

SOUSA - PB
2006

JOSÉ BRAGA JÚNIOR

AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Jonábio Barbosa dos Santos.

SOUSA - PB
2006

AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Jonabio Barbosa dos Santos.
Orientador

Prof. _____

Prof. _____

Aprovada em: 06 de Julho de 2006

Sousa-PB
Julho-2006

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, aos meus avós e todos os meus familiares e amigos que, direta ou indiretamente, colaboraram com a elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo sonho realizado.

A meus pais, José Braga e Maria Oliveira Braga, pela oportunidade de concluir o Curso de Direito, que fora garantido pela força e pelo suor do dia-dia e também pela esperança na concretização conjunta dos nossos sonhos.

Aos meus irmãos, Kennedy, Washington, Jonhson, Ayla e Alexandra, companheiros e cúmplices nos momentos de alegria e de tristeza.

Aos avós maternos, e aos avós paternos, (*in memoriam*), pelo apoio, colaboração e força para a superação de mais um obstáculo.

Ao meu orientador, Ms. , que contribuiu intensamente para a concretização deste trabalho, com muito profissionalismo, paciência e dedicação.

Aos meus tios e demais parentes, fontes de forças para o alcance dessa longa e infinita caminhada em busca de conhecimento e aperfeiçoamento profissional.

Aos meus amigos de curso, pelas trocas de conhecimentos e momentos inesquecíveis compartilhados dia-a-dia.

À sociedade em geral, responsável e financiadora indireta de mais este título, que pretendo honrar e retribuir à altura e na medida de suas necessidades.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de análise as agências reguladoras brasileiras, entidades concebidas para regular a intervenção estatal na economia após o processo de Reforma do Estado iniciado no Brasil na década de 90. Em função das novidades trazidas pela inserção destes entes no ordenamento jurídico brasileiro, muitos debates vêm sendo travados, conduzindo a reflexões acerca do impacto por eles causado. Boa parte das polêmicas e das discussões doutrinárias se deve à constatação de que as agências reguladoras – entidades da Administração Indireta – são detentoras de largas parcelas de competência normativa, por meio das quais podem inovar o ordenamento jurídico, expedindo normas gerais e abstratas que vinculam os agentes reguladores e impõem-lhes obrigações. Em suma, este estudo pretende justificar a necessidade de ampliação dos poderes normativos atribuídos à Administração Pública, característica marcante do direito regulatório para, em seguida, demonstrar a necessidade de mecanismos de controle dos limites desta função e de legitimação desta atuação, à luz do princípio democrático.

Palavras-chave: agências reguladoras. intervenção estatal. administração pública indireta.

SUMMARY

The present work has as analysis object the Brazilian regulating agencies, conceived entities to after regulate the state intervention in the economy the process of the Reformation of the State initiated in Brazil in the decade of 90. In function of the new features brought for the insertion of these beings in the Brazilian legal system, many debates come being stopped, leading the reflections concerning the impact for them caused. Good part of the controversies and the doctrinal quarrels if must to the constatação of that the regulating agencies - entities of the Indirect Administration - are detentoras of wide parcels of normative ability, by means of which can innovate the legal system, forwarding general norms and abstract that the regulating agents tie and impose to them obligations. In short, this study it intends to justify the necessity of magnifying of being able normative attributed them to the Public Administration, characteristic marcante of the regulatório right for, after that, demonstrating the necessity of mechanisms of control of the limits of this function and legitimation of this performance, to the light of the democratic principle.

Word-key: regulating agencies. state intervention. indirect public administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 - BREVE HISTÓRICO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA	
1.1. Estado liberal.....	11
1.2. Estado intervencionista.....	12
1.3. Estado regulador.....	14
1.4. A Reforma do Estado Brasileiro.....	16
CAPÍTULO 2 - AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	
2.1. Disposições preliminares.....	18
2.2. Agências brasileiras.....	19
2.2.1. Funções institucionais.....	20
2.2.2. Características.....	20
2.2.2.1. Forma autárquica.....	21
2.2.2.2. Independência.....	22
2.2.2.3. Especialização técnica.....	24
2.3. Função normativa das agências reguladoras: legalidade e legitimidade.....	24
2.3.1. A legalidade segundo a doutrina brasileira.....	25
2.3.1.1. Delegação legislativa.....	25
2.3.1.2. Competência regulamentar.....	27
2.3.2. Legitimidade democrática.....	28
CAPÍTULO 3 - CONTROLE <i>INTERNA CORPORIS</i> DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	
3.1. Justificativas.....	31
3.2. O suprimento do déficit democrático	32
3.3. O controle <i>interna corporis</i>	33
3.3.1. Controle <i>interna corporis</i> , devido processo legal e participação popular.....	34
3.4. Participação direta nos procedimentos normativos.....	36
3.4.1. Consultas públicas.....	36
3.4.2. Audiências públicas.....	37
3.4.3. Plebiscito e referendo administrativos.....	38
3.5. Participação popular indireta.....	39
3.5.1. Denúncia.....	39
3.5.2. Ouvidoria.....	39
3.5.3. Conselho consultivo.....	40
3.5.4. Comitê estratégico.....	40
3.6. Participação popular e paralisia decisória.....	41
CAPÍTULO 4 - CONTROLES EXTERNOS	
4.1. Disposições preliminares.....	42
4.2. O controle pelo Executivo.....	43
4.3. O controle pelo Legislativo.....	43

4.4. O controle pelo Poder Judiciário.....	44
4.4.1. Judiciário e democracia.....	44
4.4.2. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.....	46
4.4.3. Controle jurisdicional dos atos administrativos.....	47
4.4.3.1. Estrutura dos atos administrativos.....	48
4.4.4. Controle de constitucionalidade.....	50
4.4.5. Ação popular.....	52
4.4.6. Ações coletivas.....	53
CONCLUSÕES.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise das agências reguladoras brasileiras, entidades concebidas para regular a intervenção estatal na economia após o processo de Reforma do Estado iniciado no Brasil na década de 90.

Em função das novidades trazidas pela inserção destes entes no ordenamento jurídico brasileiro, muitos debates vêm sendo travados, conduzindo a reflexões acerca do impacto por eles causado. Boa parte das polêmicas e das discussões doutrinárias se deve à constatação de que as agências reguladoras – entidades da Administração Indireta – são detentoras de largas parcelas de competência normativa, por meio das quais podem inovar o ordenamento jurídico, expedindo normas gerais e abstratas que vinculam os agentes reguladores e impõem-lhes obrigações.

Trata-se de uma questão bastante intrincada, que envolve os princípios em que se encontra a base do Estado Democrático de Direito como a separação de poderes, a legalidade e a legitimação democrática. Por um lado, nota-se que tais entidades são bastante criticáveis, se considerada a estrutura estatal delineada no século XVIII e que perdura até hoje. Por outro, constata-se a necessidade de realização desta atividade para que todas as demandas apresentadas ao Estado possam ser atendidas.

Uma vez que a discussão sobre capacidade normativa implica uma discussão sobre legitimidade, está em jogo o modo pelo qual estas entidades legitimam sua atuação. E é justamente isso que se pretende abordar com mais acuidade.

Para tanto, o presente trabalho encontra-se dividido em capítulos. O primeiro capítulo fornece base para a compreensão do tema. No primeiro expõe-se sucintamente o contexto histórico no qual surge a regulação contemporânea e o modo como esta se realiza no Brasil.

O segundo capítulo traz uma breve exposição sobre os veículos pelos quais se implementa a atividade regulatória, isto é, as agências reguladoras, apresentando suas características e detendo-se no exame de sua função normativa.

No terceiro capítulo são estudados os mecanismos pelos quais se pode controlar a atividade normativa no seio destas entidades, o controle *interna corporis* da atividade reguladora. Por sua vez, o quarto capítulo cuida dos mecanismos de controle realizados por órgãos que não as próprias agências, o controle externo da regulação, salientando o papel fundamental do Poder Judiciário nessa atividade.

Em suma, este estudo pretende justificar a necessidade de ampliação dos poderes normativos atribuídos à Administração Pública, característica marcante do direito regulatório para, em seguida, demonstrar a necessidade de mecanismos de controle dos limites desta função e de legitimação desta atuação, à luz do princípio democrático.

CAPÍTULO 1 - BREVE HISTÓRICO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

1.1. Estado liberal

O Estado de Direito, concebido no século XVIII, atravessou três fases distintas no que concerne à sua participação na atividade econômica.

A primeira destas fases teve início após a Revolução Francesa e foi marcada pela ausência de regulação econômica. Orientado por princípios liberais, o Estado apenas oferecia as garantias mínimas necessárias à não violação de direitos dos cidadãos. Apenas alguns serviços públicos tiveram sua titularidade assumida pelo Poder Público e, em seguida, seu exercício transferido aos particulares, por meio de concessão.

Percebe-se, deste modo que os serviços públicos sempre estiveram atrelados a uma atividade de titularidade estatal. Seu surgimento ocorre em um momento em que as relações entre Estado liberal e sociedade estão bem divididas. A realização de atividades públicas por particulares era feita pela via contratual, e restringia a intervenção do Estado nos negócios privados ao mínimo necessário. Aliás, como todas as construções liberais, o propósito observado é precisamente o de propiciar este distanciamento.

Ocorre que esta dissociação entre Estado e sociedade acabou sendo responsável pela queda do modelo liberal e pela emergência de um sistema intervencionista. Por paradoxal que esta afirmação possa parecer, a não-intervenção foi responsável pela necessidade de ampliação da intervenção estatal. Isso porque o indivíduo, socialmente isolado, passou a demandar uma administração pública cada vez mais presente e particularizada.

Além disso, contribuíram as inúmeras transformações ocasionadas pela Revolução Industrial. Segundo COMPARATO, (1997, p. 16):

Bem que as Constituições liberais procuraram construir solidamente o edifício estatal, segundo os ideais do “repouso” e da inação. Mas o “movimento necessário das coisas” não demorou em deitar por terra esse artifício político. A civilização tecnológica, da produção e do consumo em massa, seguida da atual era da comunicação global, passou a exigir do Estado - verdadeiro cérebro do organismo social – a triagem de uma massa crescente de informações, em vista do acréscimo extraordinário de decisões e atividades em todos os níveis.

Deste modo, no princípio do século XX, a condução do processo de desenvolvimento econômico e social foi atribuída ao Estado, que passou a agir com maior vigor após a Segunda

Guerra Mundial. O Poder Público assume a missão de promover a igualdade entre os homens. Esta igualdade, que fora tomada como pressuposto pelo pensamento liberal, é reconhecida como algo a ser implementado, adquirindo maior importância do que a liberdade individual e econômica.

1.2. Estado intervencionista

As instituições e práticas estatais que configuraram o modelo de Estado intervencionista (*Welfare State*), tiveram na década de 30, acentuaram-se no segundo pós-guerra e perduraram até a década de 70. Sua emergência resultou do grande crescimento econômico em muitas economias capitalistas, associado à transformação do conflito entre classes sociais, que adquiriu contornos cada vez menos revolucionários e mais institucionalizados. Esse raciocínio obedeceu aos preceitos da teoria econômica de Keynes, segundo a qual a economia capitalista seria um jogo de soma positiva, e todas as classes deveriam tomar em consideração os interesses da outra. Nessa ocasião, o interesse público passa a expressar a preocupação com o aumento das riquezas materiais e com valores essenciais da pessoa humana.

Em razão do incremento e da mudança dos instrumentos da Administração Pública para atender às novas demandas, suas estruturas foram aprimoradas e houve um sensível aumento da força do Poder Executivo. Nessa ocasião, esse poder começa a receber funções normativas, para atender à necessidade de regulação. Observa-se então o início de uma profunda transformação no direito público, expressa na descentralização do aparato estatal, na relativização do modelo hierárquico e, por conseguinte, na pluralização das fontes de produção normativa, não mais concentradas no poder legislativo.

No campo político formal, assistiu-se a uma cisão na democracia, que dividiu anseios e necessidades da população, uma vez que as diferenças entre ideologias e reivindicações foram praticamente suprimidas. Um conjunto de prestações estatais de órgãos burocráticos repressivos restringiu muito o campo político, pois afastou a população da representação e não propiciou novas formas de participação. Destarte, as decisões a serem tomadas na esfera política “formal” não implicariam grandes mudanças para o relacionamento entre segmentos sociais variados.

Enquanto o Estado foi capaz de manter todos os serviços a que se comprometera, foi possível mascarar as origens dos conflitos sociais e saciar necessidades imediatas da classe

operária, de modo que conflitos fundamentais foram afastados do centro da vida política. Todavia, as provisões estatais adquiriram tamanha importância que o capitalismo tornou-se dependente de práticas intervencionistas, as quais passaram a ditar a tônica da vida econômica e política. Essa dependência criou um endividamento público sem precedentes, que resultou em um esforço governamental para reduzir seus programas de bem estar social.

O Estado assume o papel de controlador da produção de bens e serviços, produtor direto e planejador da economia, até então bastante auto-centradas e voltadas ao suprimento de suas demandas. Os investimentos públicos, além de atender a uma lacuna deixada pelo mercado, visavam também ao desenvolvimento de regiões, ou setores específicos. Além disso, por se tratar de muitos monopólios naturais, a assunção pelo Estado se afigurava como a melhor forma de conter os abusos decorrentes da situação de monopolista.

O que não se calculou foi que a possibilidade de o Estado arcar com numerosas funções era finita. Ao término do *boom* econômico posterior à Segunda Grande Guerra, chegou ao fim o período de prosperidade que permitia ao Poder Público atuar como ator e interventor na economia, gerando os bens necessários ao desenvolvimento de seus membros.

A grande crise econômica que atingiu praticamente todas as economias do mundo na década de 70 pôs termo a uma fase de intenso crescimento da economia mundial que se iniciara após a Segunda Guerra Mundial. A partir da década de 80, a forte intervenção na economia para criação de infra-estruturas de grande porte, cuja criação gerava pouco ou nenhum lucro, começa a decair. Nesta década, a crise que se arrastava desde a década anterior encontra seu pior momento. A publicação de atividades econômicas sofre forte retração, causada pela mudança do sistema produtivo, dentre as quais se destacam aquelas ligadas à evolução dos meios de telecomunicações, mudanças nas estruturas de classes (polaridades Norte/Sul, por exemplo).

O Estado de bem-estar, provedor de direitos sociais numa fase de crescimento da economia capitalista mundial, tornou-se palco da demonstração da ineficácia crescente de antigas estruturas, inaptas, a partir daquele momento, para lidar com economia, política e direito, segundo BUCCI, (2000, p. 09). Isso se expressou pela degradação de políticas públicas sociais - sob a justificativa de uma crise financeira que exigia do Estado inúmeras reestruturações - com a redução do orçamento social e da produção de bens e serviços, os quais passaram a ser obtidos junto ao setor privado, financiando o crescimento deste. Nos países periféricos, este foi o período do aumento da dívida externa, de desvalorização dos produtos colocados por estes no mercado internacional e redução de ajuda externa. Constatou-se que, sob o aspecto econômico, a década foi verdadeiramente desastrosa. Ao mesmo tempo,

não se pode negar que o aumento da participação social e política dos cidadãos foi bastante significativa, iniciando uma fase em que o respeito ao princípio democrático e aos direitos fundamentais não mais poderia ser afastada.

Em síntese, o *Welfare State* mostrou que não conseguiria resolver todos os problemas das sociedades capitalistas, nem aqueles mais importantes, e denunciou seu maior erro: crer que os problemas que estavam aptos a solucionar eram os únicos suscetíveis em uma economia de mercado. Some-se a isso o endividamento estatal, a ineficiência na prestação de serviços e a burocratização que travava a Administração. Tanta concentração de poder, sem a geração de benefícios correspondentes, e representando inclusive uma restrição ao exercício de direitos fundamentais, começa a exigir uma revisão.

1.3. Estado regulador

Com a queda do modelo intervencionista, uma infinidade de demandas que vinham sendo atendidas ou mesmo sufocadas ficaram, por assim dizer, descobertas. Todas essas necessidades, que haviam sido inseridas nas Constituições dos países em que o modelo do Estado-Providência fora adotado, tornaram-se objeto de reivindicações, causando uma “explosão de litigiosidade” que se estende até os dias atuais.

Na busca de soluções, retoma-se a noção de subsidiariedade, a qual, por sua vez, tem como princípio a parceria entre o público e os particulares. Têm início processos de privatização¹, de modo a que o Estado apenas mantenha suas funções de ente soberano. Porém isso não poderia ocorrer de modo absoluto, pois, como a experiência do liberalismo demonstrara, algumas atividades não poderiam ser adequadamente desempenhadas pelo particular. Cumpre ao Estado fomentar estas atividades, fornecendo os instrumentos necessários ao seu desempenho.

Nos anos 90, coloca-se como identificar o que não havia dado certo no modelo de bem estar, saber como lidar e prever como cada Estado seria afetado pela globalização, diz SANTOS, (1983, p. 17-18). Retornar ao estado mínimo seria inviável, pois surgiriam os mesmos problemas verificados no início do século XX. Por outro lado, manter o volume de dispêndios como no *Welfare State* também não seria possível. Restou à última década do século a tarefa de reconstruir o estado, sem abrir mão dos progressos obtidos até então.

¹ Não se pode atribuir as privatizações apenas a uma necessidade da administração, mignorando-se seu caráter ideológico no liberalismo destas mudanças.

Aqui foi decisiva a influência da globalização, notadamente no que toca à alteração do espaço e do tempo e a necessidade de se gerir a riqueza capitalista contemporânea. A internacionalização dos fluxos financeiros, a inserção dos países periféricos na economia global, a expansão tecnológica e o aprimoramento dos meios de comunicação abriram novas formas de gestão da atividade econômica. O fato de as experiências sociais cotidianas refletirem, cada vez mais, acontecimentos oriundos das mais variadas partes do mundo e também influenciarem muitos acontecimentos de dimensão global faz com que a autoridade estatal seja uma, entre muitos atores políticos, econômicos ou sociais, não mais a única e principal personagem. Naturalmente, isso conduz a uma redução de seu poder de prescrever e impor sanções para determinadas condutas.²

O Estado, buscando agora adequar suas estruturas à nova ordem econômica internacional passa a regular atividades privatizadas, balizar a concorrência, a fomentar a oferta de serviços e a criar oportunidades para o desenvolvimento da atividade privada, incentivando também o desenvolvimento tecnológico. Para ajustar a economia nacional à estrutura globalizada, principiou-se a regulação de setores fundamentais para o fortalecimento e aumento da competitividade dos países no mercado internacional, criando ainda canais de acesso dos particulares às atividades controladas pelo Estado.

Em razão das privatizações ocorridas em setores estratégicos para as economias nacionais, estes órgãos e agentes se fortaleceram. Dispondo de autonomia (variável) em relação ao chefe do Poder Executivo passam a exercer funções de supervisão e normatização dos serviços públicos. Por conta da especialidade de cada setor, desenvolvem-se ordenamentos setoriais ou seccionais, é a dita setorização da atividade reguladora. Aliás, e eis aqui uma das principais mudanças na concepção de um Estado Regulador, o instrumento normativo passa a ser a ferramenta mais importante da intervenção estatal na economia, sucedendo a atuação direta empregada no modelo anterior.

A setorização vem contornar a crise regulatória que se instaurara no organismo estatal, incapaz de normatizar todas as situações que exigiam uma solução do ordenamento. Ademais, é o meio encontrado pelo Poder Público para cumprir sua nova função de organizador da atividade econômica. O aparato necessário a essa função vem com a criação das agências

² Alguns autores chegam a falar da redução da importância estatal. Isso não é verdade, o Estado não perde sua importância, ao contrário, passa a ser responsável pela elaboração de políticas públicas com repercussões em diversos setores da sociedade, e também no posicionamento do Estado na esfera internacional. (Alexandre Santos de ARAGÃO. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 37, n. 148, out-dez/2000. p. 275-299.)

reguladoras. A regulação constitui, assim, traço de um modelo econômico caracterizado pela intervenção estatal fundada não no exercício da atividade, mas sim em sua autoridade.

1.4. A Reforma do Estado Brasileiro

No Brasil, não é possível conceber um modelo regulatório que deixe de lado o objetivo de desenvolvimento econômico. Todavia, a reforma administrativa engendrada não foi estruturada de modo a satisfazer todas as exigências de um programa consistente e apto a sanar os problemas típicos de países periféricos, como o nosso. Convém apresentar em breves linhas as principais idéias e propostas da reforma administrativa brasileira.

Orientada pelo fim imediato de realizar o ajuste fiscal nos termos ajustados com o Fundo Monetário Internacional, esta reforma envolveu medidas destinadas a atender a quatro finalidades: (a) reduzir o tamanho do Estado; (b) redefinir seu papel regulador; (c) recuperar a governança, ou capacidade financeira e administrativa de implementar e; (d) aumentar a governabilidade, ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar.

Para tanto, lançou-se mão de emendas constitucionais, alterações da legislação administrativa, privatizações, abertura comercial, política monetária voltada à estabilidade da moeda e atração de investimentos estrangeiros. Com isso a Administração Pública deixaria de se responsabilizar pela produção de bens e serviços e assumiria a função de promover e regular o desenvolvimento.

Uma das principais falhas deste projeto consistiu em privilegiar a eficiência, sem atentar para a necessidade de orientar políticas públicas para o desenvolvimento do país, não apenas para seu crescimento. Também não houve preocupação em criar instituições e procedimentos aptos a captar os diversos interesses envolvidos, havendo referência meramente lacônica à participação popular.

Mais uma vez, constata-se que a disciplina legal brasileira não permite extrair um modelo regulatório ideal, sendo necessário proceder a uma análise jurídica do mesmo. Para tanto, serão analisados os conflitos entre a regulação e os paradigmas do Estado Democrático de Direito, concebido em moldes clássicos. Na seqüência, são feitas algumas considerações acerca dos princípios e objetivos da regulação econômica, com o que se pretende evidenciar que a regulação econômica a ser realizada pelas agências reguladoras deve se voltar ao aumento da eficiência, *in casu*, da máquina estatal, e ao desenvolvimento do país, com a promoção de igualdade material.

CAPÍTULO 2 - AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

2.1. Disposições Preliminares

O estudo sobre as dificuldades de adequação do Estado – estruturado em moldes liberais – a um novo quadro econômico revelou a necessidade de alterações na Administração Pública de modo a manter as condições de vida social necessárias à consecução de interesses coletivos e individuais, visando ao desenvolvimento integral da personalidade dos indivíduos que constituem o povo de um determinado Estado. Conforme explicado anteriormente, a adequação a um novo contexto econômico, exigiu dos Estados alterações estruturais, operadas por meio de mudanças em normas e instituições. À luz destas alterações foram concebidos organismos destinados a direcionar setores que poderiam gerar problemas sociais, preservando a competição entre particulares e zelando pela prestação de serviços públicos executados por particulares.

Com esse objetivo, ao menos em tese, foram concebidas entidades estatais destinadas a direcionar setores cujo bom funcionamento garante certa estabilidade social: as agências reguladoras. Estabelece-se como primeira razão de sua criação o zelo pelo interesse público, diretamente afetado por atividades econômicas.

Isso se torna particularmente nítido a partir do início do processo de reforma do Estado brasileiro, marcado pela devolução à iniciativa privada de atividades concentradas nas mãos do Poder Público. Refletindo a necessidade de uma nova e profunda intervenção do Estado na organização das relações econômicas, tais agências são criadas para viabilizar a intervenção do Estado quer nos setores privados, quer em setores de reserva estatal, a depender dos efeitos econômicos, diretos ou indiretos, dessas atividades.

Além disso, a desestatização, com a conseqüente abertura do mercado à competição, fez surgir a necessidade de elaboração de um sistema de regulação do setor a ser concedido à exploração pelos particulares, criando um ambiente seguro aos olhos dos agentes econômicos e, portanto, passível de recebimento de capitais, principalmente externos. Verifica-se que tais alterações cumprem o papel de assegurar credibilidade e estabilidade ao cenário político e econômico. Ou seja, o distanciamento em relação às oscilações inerentes ao jogo político e eleitoral constituem um “ponto positivo” na disputa pelos investimentos ligados às privatizações de serviços públicos, tornando mais previsível a recuperação do capital aplicado, geralmente em um intervalo de tempo bastante amplo.

Um aspecto importante que desponta dessa conclusão consiste no *déficit* democrático gerado por esse insulamento decisório, o qual pode tolher a já reduzida participação política de boa parte da sociedade, sob o argumento da sobrevivência econômica. A redução desse *déficit* será tratada no capítulo seguinte.

No presente capítulo, será feita uma análise destas novas entidades que, embora se declarem imunes às influências políticas, são responsáveis pela implementação de políticas públicas e possuem espaço importante na promoção de interesses coletivos e no desenvolvimento nacional. Para tanto, proceder-se-á a uma breve descrição das agências norte-americanas, inspiradoras do modelo brasileiro. Em seguida será traçado um panorama das agências no direito brasileiro e, por fim, destaca-se a sua função normativa.

2.2 Agências brasileiras

Como fruto de um novo modelo de organização capitalista, consubstanciadas no Plano Nacional de Desestatização e no Plano Diretor de Reforma do Estado, foram criadas as agências reguladoras brasileiras.

ASSUNTO	LEGISLAÇÃO
Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA	Mpv 2.157-5, de 24.8.01
Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE	Mpv 2.156-5, de 24.08.01
Agência Nacional de Águas – ANA	Lei nº 9.984, 17.07.00
Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC	Lei nº 11.182, 12.09.05
Agência Nacional do Cinema – ANCINE	Mpv 2.228-1, de 06.09.01
Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL	Lei nº 9.427, 26.12.96
Agência Nacional do Petróleo – ANP	Lei nº 9.478, 06.08.97
Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS	Lei nº 9.961, 28.01.00
Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL	Lei nº 9.472, 16.07.97
Agência Nacional de Transporte Aquaviários – ANTAQ	Lei nº 10.233, de 05.06.01
Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	Lei nº 10.233, de 05.06.01
Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS	Lei nº 9.782, 26.01.99
Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transporte–DNIT	Lei nº 10.233, de 05.06.01
Lei de Gestão de Recursos Humanos das Agências	Lei nº 9.986, 18.07.00

A proliferação destas agências reguladoras não se fez acompanhar da elaboração de um regime jurídico aplicável a todas elas, indicando a falta de coordenação da atividade econômica e de uma superestrutura regulatória. A comparação entre cada uma das atividades reguladas acaba por suscitar dúvidas, por exemplo, sobre possíveis diferenças entre os órgãos previstos na Constituição Federal e os que contam apenas com disciplina infraconstitucional. Não obstante, algumas notas comuns podem ser destacadas.

2.2.1. Funções institucionais

Os entes reguladores brasileiros são competentes para regular e fiscalizar as atividades econômicas em sentido amplo, isto é, serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.

O critério empregado na eleição de um setor a ser regulado reside na existência de reflexos (positivos ou negativos) relacionados a esta atividade. No caso de serviços públicos privilegia-se a eficiência e a racionalidade de sua prestação, além de zelar por sua universalização. Já as atividades econômicas em sentido estrito são reguladas com o fito de preservar um ambiente concorrencial e o interesse dos consumidores.

Em ambos os casos, o fim último da regulação é implementar um programa regulatório (política pública de regulação) mediante: a) elaboração de regras gerais que disciplinem a atividade sob sua tutela (regulamentando a prestação de serviços públicos, definindo tarifas etc); b) controle da execução das atividades, recebendo e investigando denúncias e reclamações; c) aplicação de sanções aos agentes sob sua vigilância, nos termos da Constituição Federal, da Lei de Processo Administrativo (Lei 9784/99) e de outras leis específicas; d) solucionando conflitos e questões controversas postas a seu encargo.

Nas hipóteses de regulação de serviços públicos, somam-se ainda as tarefas exercidas pelo poder concedente, a saber: a) realização de licitações para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário; b) encampação da atividade; c) rescisão do contrato; e d) reversão de bens ao término do prazo de vigência do contrato.

Para o exercício das funções acima elencadas, as agências se estruturam sob a forma de autarquias independentes, altamente especializadas e dotadas de competência normativa, características analisadas a seguir.

2.2.2. Características

2.2.2.1. Forma autárquica

A legislação federal inseriu os entes reguladores entre as autarquias, integrantes da Administração Indireta, permitindo-lhes exercer poderes de autoridade pública por força de sua personalidade de Direito Público. A fim de diferenciá-las das demais autarquias criadas em 1967 pelo Decreto-lei 200, foi prevista a sujeição a regime especial.

A designação “em regime especial” é compreendida como: a) ausência de subordinação hierárquica, independência administrativa e financeira; b) estabilidade de dirigentes, os quais gozam de mandato fixo; c) caráter final de suas decisões, insuscetíveis de apreciação pela Administração. Formalmente, essas características não significam uma grande novidade, visto que todas as autarquias são entidades independentes.

O aspecto que merece destaque refere-se à estabilidade de seus dirigentes, cujos mandatos podem ter um prazo superior a um mesmo período governamental. Contra essa situação, manifesta-se que ao se permitir a um governante a outorga de mandatos nestas condições, estende-se sua influência para além do período em que lhe seria dado exercer influência sobre a política e a Administração Pública. Dessa forma, contraria-se a possibilidade de alteração de orientações entre governos diferentes, obtida pela temporariedade de mandatos, levando o autor a afirmar uma fraude contra o próprio povo.

A inconstitucionalidade destes mandatos, reportando-se ao artigo 84, II da Constituição Federal. O dispositivo em tela atribui ao Presidente da República competência privativa para a direção superior da administração federal, norma violada no caso de um presidente ter este poder obstado por seu antecessor. A razão disso seria o fato de que a duração dos cargos dos dirigentes além do mandato do Presidente da República afronta o direito de o Chefe do Executivo poder exercer livremente a administração federal.

Na realidade, tal estabilidade foi concebida para garantir maior isenção a estes dirigentes, sem vinculá-los ao *timing* eleitoral, que requer políticas ostensivas, às vezes pródigas, a fim de garantir sucesso eleitoral. Assim, o Chefe do Executivo pode nomear os dirigentes destas agências, mas não os pode dispensar imotivadamente, evitando a possibilidade de arbítrios e contendo o poder do Presidente da República na intervenção sobre as agências.

As críticas encontram-se corretamente formuladas. A nomeação dos dirigentes é feita pelo chefe do Poder Executivo a partir de escolhas técnicas e políticas. Estabelecer

possibilidades desiguais de intervenção na Administração Pública representa uma afronta ao regime presidencialista. Conclui-se daí que a estabilidade dos dirigentes só pode ser mantida até o término do mandato presidencial, a menos que se altere o modo de nomeá-los.

Em síntese, a designação “autarquia sob regime especial”, destina-se apenas a frisar a independência que se quer conferir aos órgãos reguladores, sem que a forma autárquica represente inovação.

2.2.2.2. Independência

A preocupação com a desvinculação das agências reguladoras em relação às ingerências políticas é expressa na consagração de sua independência, característica marcante dos órgãos em tela, a partir da qual torna-se visível à proposta de isolamento. Há nessa garantia um bom exemplo da tentativa de se criar nas agências uma esfera decisória imune à intervenção do governo.

Conforme ressaltado no tópico anterior, a afirmação deste atributo concretiza-se pela garantia de autonomia, reconhecida às autarquias desde a reforma administrativa de 1967, reforçada pela estabilidade de seus dirigentes. Uma vez tal estabilidade não se sustenta à luz do regime presidencialista, permanece apenas a autonomia comum a todas as autarquias. Por isso, o emprego deste vocábulo é mais adequado do que o do termo “independência”.

O relativismo da proclamada independência, demonstrando seus limites. A autora esclarece que em relação ao Poder Judiciário, não há que se falar em independência, visto que nosso ordenamento consagra o princípio da unidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), possibilitando a apreciação de qualquer ato administrativo que implique em lesão ou ameaça de lesão a direito pelo Poder Judiciário.

Igualmente inexistente é a independência em face do Poder Legislativo, dada a necessidade de ajuste entre os atos das agências e as normas constitucionais e infraconstitucionais, a possibilidade de controle destes atos pelo Congresso Nacional (CF 49, X) e o controle pelo Tribunal de Contas (CF 70 e ss.).

Em face dos grupos econômicos, a independência também é bastante discutível. Embora a experiência brasileira ainda não permita grandes conclusões, toma-se como referência o exemplo norte-americano, especificamente o fenômeno da “captura”. A partir dele ficou demonstrado que o insulamento burocrático, pode ter conseqüências perniciosas, que resultou em alterações do modelo até então adotado.

Formalmente, portanto, observa-se a independência apenas com relação ao Poder Executivo. Mesmo nesse caso, a autonomia não é absoluta, pois é possível manter o controle das agências por meio do Ministério a que se vinculem. Permanece, assim, apenas a pretensão de acentuar a imunidade destas agências em relação às oscilações políticas deste Poder, descentralizando o poder nele concentrado, de modo a tornar as atividades econômicas - principalmente as empresas estatais - mais estáveis, eficientes e confiáveis aos olhos de investidores.

Considerando que a história do Brasil é marcada pela sucessão de grupos econômicos exercendo influência sobre o poder público, parece muito provável que se assista à captura das autoridades reguladoras brasileiras. Aliás, é dessa possibilidade que resulta um dos principais argumentos em favor da elaboração de mecanismos de controle destas entidades, capazes de legitimar sua atuação e lidar com outra de suas características: a especialização técnica.

2.2.2.3. Especialização técnica

A terceira característica a ser ressaltada liga-se ao princípio da eficiência e à exigência de racionalidade do poder na Administração Pública. Refere-se à especialização de cada agência em relação à sua atribuição técnica.³

É justamente do grau de especialização técnica empregado nas decisões destes órgãos que se valem muitos autores para defender uma margem de discricionariedade técnica às entidades reguladoras. Trata-se de um conceito bastante controverso que basicamente expressa a competência para tomar decisões que não sejam propriamente discricionárias, mas que se encontram fora o campo do controle jurisdicional pela especificidade da matéria envolvida, a qual só seria conhecida pelos administradores, técnicos, salvo nos casos de desrespeito aos *standarts* contidos em lei.

³ Na esfera estadual observa-se uma tendência à criação de agências únicas, para a regulação de várias atividades econômicas. Esta organização contraria o aprimoramento técnico que se deseja obter na regulação setorial, o que gera uma perda de utilidade destes órgãos, na medida em que as atividades assim desempenhadas são similares ao que ocorreria caso fossem confiadas à Administração Central. (CUÉLLAR, Leila. *As agencias reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 85-87.

Na verdade, a especialização explica boa parte do poder normativo das agências. Todavia, não configura uma competência discricionária. Se discricionária fosse, somente justificaria decisões tomadas perante casos concretos, nunca poderia se referir a casos gerais e abstratos.

Por fim, deve-se notar que dificilmente existirão duas soluções técnicas equivalentes, de modo que quanto mais técnica for uma decisão, menos discricionariedade haverá. Além disso, a necessidade de se verificar se os atos regulatórios são feitos com base em critério puramente técnicos constitui o principal argumento em defesa de um acompanhamento rígido sobre estas decisões.

2.3. Função normativa das agências reguladoras: legalidade e legitimidade

Como meio de efetivação de sua autonomia decisória, de agilização de sua atuação, a especialização necessária e uma certa distância em relação aos órgãos políticos, as agências contam com o poder de editar normas concernentes à atividade cuja regulação lhes é atribuída.

Reconhecida nos diplomas legais que criaram cada uma das agências reguladoras, essa potestade destina-se a atender à demanda por mecanismos adequados à implementação das políticas públicas setoriais, estas últimas elaboradas pelo Poder Legislativo.

Essa competência constitui a característica mais importante destes órgãos, e a que maiores indagações suscitam, visto que põem em questão o princípio representativo - base das democracias modernas - e da separação de poderes. Outrossim, escapa da relação travada entre representação e responsabilização, já que os dirigentes não recebem dos eleitores as "coordenadas" para agir em seu interesse.

Duas observações interessantes para a explicação deste fenômeno devem ser mencionadas. A primeira afirma que o exercício da função normativa por órgãos executivos relaciona-se à chamada *capacidade normativa de conjuntura*, isto é, competência para regulamentar situações momentâneas, *in casu*, a regulamentação das condições operacionais de cada setor regulado. Admitindo-se que ao Poder Legislativo compete à regulamentação de situações estáveis e duradouras, restaria justificada a já referida dualização normativa e superada a alegação de ofensa à separação de poderes, para quem o Poder Executivo se exerce sempre sobre situações momentâneas, face à necessidade de tomada rápida de decisões.

As normas expressam um novo tipo de direito, o chamado *direito regulatório*.⁴ Neste caso, as normas são instrumentalizadas para a consecução de objetivos e finalidades do sistema político e, pela complexidade da matéria regulada, adquirem caráter particularístico. Sua legitimidade aparece como decorrência dos fins sociais aos quais se voltam.

Estas explicações permitem vislumbrar explicações teóricas consistentes para a dinâmica da regulação econômica. Cumpre agora verificar o modo pelo qual essa atividade se ajusta ao ordenamento jurídico brasileiro, quer pelo prisma da legalidade, quer pela legitimidade.

2.3.1. A legalidade segundo a doutrina brasileira

Procede-se neste ponto à indagação acerca do fundamento jurídico constitucional para o exercício de uma atividade que, inegavelmente, inova a ordem jurídica. Não se ignora que o esforço para definir a natureza jurídica destes atos é uma tentativa de institucionalizar uma situação de fato. Porém, isso não reduz a importância da verificação da admissibilidade desta atividade à luz do direito brasileiro.

Enfrentando a dúvida sobre a legalidade dessa atividade, há doutrinadores que situam-na no campo da delegação legislativa e outros que a tratam como competência regulamentar. São concepções completamente distintas, sendo oportuno analisar os principais argumentos trazidos pelos autores que se debruçam sobre o tema.

2.3.1.1. Delegação legislativa

Uma primeira linha de argumentação conclui que se encontra diante de hipótese de delegação legislativa, tal como no direito norte-americano.

Alexandre de MORAES, (2001, p. 739-756), defende que o Congresso Nacional delega às agências seu poder normativo, permanecendo competente para fixar as finalidades destas entidades, estruturá-las e fiscalizar suas atividades, referindo-se expressamente ao sistema norte-americano. Porém o constitucionalista não discute a existência da figura da

⁴“A solução para qualquer problema relativo à adequação social do direito num determinado domínio ou área de regulação deve consistir em tornar o aparelho ‘mais inteligente’; ou seja o sistema jurídico deve aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado e moldar as respectivas normas de acordo com os modelos científicos dos sistemas envolventes.” In: TEUBNER, Gunter. *O direito como sistema autopoético*. Trad. José Engracia Antunes e Colouste Gulbenkian, 1989, p. 162. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 148, p. 276, out./dez. 2000. Brasília: Senado Federal, 2000.

delegação no direito brasileiro. Além disso, sua afirmação de que as agências exercerão de modo exclusivo a regulação do setor dificulta a possibilidade de controlar seus atos, e cria dúvidas sobre os limites ao poder normativo do Poder Legislativo, dificultando a compreensão dos limites de uma delegação válida.

O processo de *deslegalização*, ou seja, retirada de algumas matérias do domínio da lei formal e arrola uma série de exemplos em que se admite a delegação. Ocorre que todos os exemplos mencionados estão expressamente previstos na Constituição, o que não permite afirmar que existam outras hipóteses além deste rol. Deste modo estariam amparadas apenas a competência da ANATEL e da ANP.

Defendendo a delegação como uma novidade constitucional, decorrente da consagração do princípio da eficiência. Haveria, em seu entendimento, uma *delegação instrumental*, destinada a garantir a eficácia do referido princípio. Ora, não parece razoável compreender que a Emenda Constitucional número 19 de 1998 tenha criado uma nova categoria constitucional (“delegação instrumental”) pela mera inserção do princípio da eficiência. Na verdade, em sua explicação para a delegação, encontram-se traços do que se acredita ser *competência regulamentar*, de que se tratará adiante. Por tal razão, adota-se a justificativa baseada na eficiência, mas para explicar a competência regulamentar, não a delegação.

Em oposição à crença na delegação encontra-se José Afonso de SILVA (2002, p. 75-95). Da leitura de sua obra, conclui-se que as únicas delegações possíveis são aquelas contidas no texto constitucional (Medida provisória e Lei Delegada), não havendo como se falar em outras hipóteses de delegação.

Realmente, a tese da delegação legislativa deixa a desejar. No ordenamento brasileiro a delegação legislativa possui limites estreitos, sendo prevista para situações específicas, de acordo com requisitos bem definidos. É inadmissível que uma lei ordinária possa criar uma nova hipótese de delegação. Ademais, a delegação possui caráter excepcional, o que não é o caso das agências reguladoras que continuamente elaboram normas.

Da análise dos argumentos trazidos, pode-se sustentar que não se trata de delegação legislativa. A afirmação oposta requer um esforço interpretativo que acaba por se distanciar do exame constitucional positivo do fenômeno analisado, o que impede que se chegue a conclusões consistentes. Afinal, se à luz do direito norte-americano a tese da delegação é admissível, à luz do direito brasileiro não se pode afirmar o mesmo. Cumpre, portanto, buscar outra explicação para a função normativa.

2.3.1.2. Competência regulamentar

Partindo do pressuposto de que a delegação de poderes legislativos não existe no direito brasileiro, pode-se seguir outra linha de raciocínio que leve à conclusão de que às agências reguladoras atribui-se poder regulamentar, de caráter normativo.

Demonstrando que a Administração intervém sobre o domínio econômico por meio da edição de atos normativos primários, ou seja, impostos por força própria e decorrentes de poder derivado. Nessa perspectiva, a atribuição de poder normativo pelo Legislativo seria um expediente voltado à promoção do equilíbrio na dinâmica da tripartição de poderes e ao controle da legalidade sobre a atuação do Poder Executivo.

Assim, os atos normativos em questão corresponderiam aos regulamentos. Ainda aqui resta a dúvida sobre a que espécie de regulamentos se refere. Não se trata de regulamento de execução, de competência exclusiva do Presidente da República (CF, art. 84, IV). Do mesmo modo, a crença na existência de um regulamento autônomo mitiga o princípio da vinculação positiva da Administração Pública à lei, o que deve ser ponderado, em face do risco de desequilíbrio do sistema de mútua contenção entre as esferas de poder.

Com tal preocupação, sustentando a competência normativa deve estar traçada em lei (*leis quadros*), fixadoras de *standards*, geralmente de natureza política, como valores e objetivos a serem perseguidos. Desta maneira, condiciona-se a legalidade da função regulamentar à fixação de parâmetros pelo Poder Legislativo, preservando o princípio da vinculação positiva, embora com dimensões reduzidas.⁵

Diante do exposto, não é possível encontrar uma explicação impecável para a natureza destes atos. De todo modo, a melhor opção parece ser a de admitir que os atos das agências reguladoras possuem natureza de *atos administrativos de regulação*, emanados no exercício de competência regulatória do Poder Executivo, mediante atribuição do Poder Legislativo.

2.3.2. Legitimidade democrática

A criação de órgãos situados no bojo do Poder Executivo dotados de ampla independência transformaram as agências reguladoras em um novo *locus* de poder decisório,

⁵ A Constituição de 1937, em seu artigo 11, previu tais leis (não com esta nomenclatura), segundo as quais o poder legislativo fixaria a matéria a ser regulada e seus princípios, deixando ao poder executivo sua regulamentação **texto do artigo. Diante disso, não se pode deixar de notar que, embora não sirva unicamente para isso, estas leis podem ser utilizadas como instrumentos de autoritarismo, como o caracterizado na vigência desta Constituição.

que segue um ritmo distinto de outros órgãos da Administração Pública. Chega-se aqui a um assunto extremamente delicado - a começar pela dificuldade de conceituação -, qual seja, a legitimidade de suas atividades, principalmente no que tange aos procedimentos de elaboração normativa.

O poder passa a se legitimar por meio de critérios externos aos governantes, ou seja, pela aprovação popular obtida por procedimentos formais, na conhecida fórmula da democracia representativa. Muitos autores entendem que o processo decisório avulta em importância em relação ao conteúdo da decisão, pelo fato de a insegurança ser eliminada pela certeza do advento de uma decisão, não pelo seu conteúdo. A certeza de uma decisão e do procedimento da qual ela resulta gera uma predisposição para aceitar decisões de conteúdo indefinido. Este ânimo constituiria a legitimidade. Essa crença nas regras do jogo político, mesmo em caso de discordância com relação ao fim atingido por cada decisão, restringe a legitimidade democrática à esfera da legalidade, conferindo-lhe feições excessivamente formalistas e procedimentais.

A legitimidade do direito aflora da autoridade, esta, por seu turno, apoiada na legitimidade do poder. Assim, o direito legítimo depende de autoridade, apta a captar o consenso de um grupo social e transformá-lo em normas. Na medida em que as normas produzidas por essa autoridade expressarem adequadamente padrões de cultura correspondentes a cada contexto histórico, haverá autoridade e, conseqüentemente, direito positivado será legítimo. O autor, afastando qualquer idealismo em torno da noção de legitimidade, explica que esta se observa quando o direito viabiliza o pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas, instrumentando a dominação de classe justificando a titularidade do poder pela mesma.

De fato, nenhum idealismo permeia a idéia de legitimidade. Esta, vista como qualificação de uma ordem jurídica e política, supõe seu reconhecimento por um determinado grupo e a aceitação de sua capacidade de impor ordens e cobrar obediência. Trata-se de uma idéia que gira em torno da crença na adesão maciça dos cidadãos a um poder ou regime político é um conceito tipicamente liberal burguês, que busca aparência universalizante de uma consciência coletiva. Através disso, naturalizam-se as desigualdades inerentes à sociedade de classes, por meio de um inegável artificialismo.

Contudo, em função dos problemas da legitimidade, não se pode admitir que o consenso buscado pelos regimes democráticos perca espaço para o discurso técnico-científico, desprovido de qualquer debate, como vem ocorrendo. Há que se ter em mente que, não obstante suas falhas, é sobre este criticável senso comum que muitos grupos se constituem, se

desenvolvem e pleiteiam alguma forma de inclusão social, e capacidade para interferir em decisões políticas. Suprimir os mecanismos de formação de algum consenso eliminaria sumariamente o potencial de transformação social existente em torno do senso comum.

Assim, na medida em que o Poder Executivo passou a desempenhar funções antes atribuídas ao Legislativo, sem o respaldo conferido pelo sistema de representação para legitimar suas decisões, surge a necessidade de buscar outros mecanismos que prestigiem a legitimidade, tanto no que concerne aos procedimentos decisórios quanto no tocante ao valor legitimidade. A verificação da legitimidade da norma passa por sua adequação a um arcabouço cultural do qual o legislador extrai os elementos para a criação de normas.

O desafio apresentado no momento é o de manter a garantia de respeito ao princípio democrático, porém, ultrapassando o formalismo representativo e aferindo sua presença através de critérios materiais.

As agências têm sua legitimidade discutida. Primeiramente, pelo fato de o conteúdo da regulação ser definido por um órgão colegiado, não eleito e independente em relação ao Presidente da República, esse sim eleito por voto popular. Em segundo lugar, pelo conteúdo da regulação: fundada a partir de juízos formulados no interior dessas agências sobre a melhor forma de organizar uma atividade econômica.

Os dois pontos polêmicos, que evidenciam o *déficit* democrático destas agências, podem encontrar solução na busca de mecanismos de legitimação consentâneos com sua dinâmica. De fato, a produção normativa será ilegítima se ignorar sistematicamente interesses da sociedade civil. Retoma-se de que o desafio da democracia contemporânea é o de ampliar e diversificar os espaços em que demandas e valores diferentes possam se expressar, interferindo nos rumos da atuação estatal.

Portanto, não se pode falar que a função normativa é por si só legítima ou ilegítima. A legitimidade decorre da composição das variáveis que orientam a atividade regulatória, bem como do reconhecimento dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito e da busca de sua aplicação à atividade regulatória.

É por tal razão que não se pode prescindir da investigação voltada ao preenchimento deste conceito por um conteúdo substancial. Neste ponto, legitimidade vem designar também um valor de convivência social, o consenso livremente manifestado por uma comunidade que têm acesso ao maior número de informações disponíveis para, a partir delas, formular seus valores.

CAPÍTULO 3 - CONTROLE *INTERNA CORPORIS* DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1. Justificativas

O reconhecimento da função normativa como atribuição das agências reguladoras é o primeiro passo para que se procure reduzir *déficit* democrático destas agências. A relevância das matérias e o impacto da regulação deixam entrever que tal atividade não pode ser feita sem mecanismos que tornem seus atos normativos legítimos, daí a necessidade de controlá-las.

Nessa perspectiva, ganham relevo temas como a elaboração de procedimentos normativos capazes de promover a participação da sociedade na elaboração das normas e na avaliação de seus reflexos, bem como o tipo de controle a ser realizado pelos três poderes sobre a atividade regulatória. Tudo isso remete à idéia de *accountability*, expressão sem correspondente em português, que expressa a responsabilização das autoridades reguladoras comprometidas e vinculadas à política pública estabelecida para um dado setor.

À vista das particularidades desse direito regulatório, exige-se o empreendimento de um esforço criativo no sentido criar novos instrumentos e, sobretudo, de modificar o modo pelo qual são empregados atualmente⁶, uma vez que os mecanismos clássicos de contenção do poder político são inadequados para que se alcance o controle efetivo.

À medida que aumenta a esfera de irradiação dos efeitos dos atos administrativos de regulação da vida social, cresce o risco de concentração de poder em órgãos burocráticos, sem um controle efetivo do modo como são tomadas as decisões. Deve-se atentar para que estas agências não padeçam do mesmo mal que os chamados “anéis burocráticos” do Estado nos anos 60 e 70, ou seja, não se convertam em espaços nos quais apenas alguns grupos econômicos tenham poder de interferir em decisões políticas, sem que o restante da sociedade tenha o mesmo acesso.

Para evitar esse risco, quaisquer medidas tomadas devem se voltar à contenção dos vícios deste sistema de autoridades. O primeiro deles é a “balcanização” do executivo e do círculo vicioso que envolve o Congresso, a opinião pública e cada setor regulado. O segundo desafio é o de garantir a transparência destes poderes independentes, a fim de que haja,

⁶ Nesse sentido, aponta José Eduardo FARIA: “o controle das decisões destas autoridades reguladoras deixa de ser feito por mecanismos rígidos e formais, passando a ser feito por mecanismos cada vez mais plásticos e finalísticos.” (In: *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Perseu Abramo, 2002, p. 8).

efetivamente, controle. Nesse sentido, bastante oportuna a transcrição da análise de José Eduardo FARIA, (1985, p. 59):

Em termos jurídicos, o grande perigo inerente à conversão de instituições normativas assimétricas e fragmentárias em instrumento de governo – quase sempre justificado retoricamente em nome da nobreza dos fins e das boas intenções dos governantes é o do retrocesso autoritário. O risco é o de que, agindo fora do alcance operacional dos tribunais e funcionando corporativamente como local de absorção de incertezas do processo econômico, mediante um intrincado sistema de representação baseado em barganhas com os grupos produtivos organizados ao nível de suas lideranças setoriais, a distensão política venha a ser abortada por um aparelho estatal ainda mais burocratizado e centralizador do que o neopatrimonialismo corporativista destas duas últimas décadas.

Em suma, o novo tipo de relação entre Executivo e Legislativo não pode ser utilizado para justificar o autoritarismo do primeiro. Nesse sentido, as agências devem seguir processos decisórios mais permeáveis do que ocorre na administração direta, admitindo, conseqüentemente, maior participação popular na definição do conteúdo normativo da regulação.

3.2. O suprimento do déficit democrático

O objetivo principal da adoção dos mecanismos aqui defendidos é o de atender ao princípio democrático, trazendo para o centro destes órgãos a representação do maior número possível de interessados. Nessa tentativa, resta claro que *democracia* é um conceito cujo sentido e alcance variam ao longo do tempo. Por isso, prender-se a modelos concebidos para operar em circunstâncias que já não existem impede a efetivação do princípio e esvazia seu verdadeiro conteúdo, qual seja, o de possibilitar a realização da vontade da maioria em momentos históricos específicos.

Como o momento atual corresponde a uma fase de transformação da democracia, faz-se necessária a inserção de formas novas de sua realização em um sistema representativo. Portanto, ao se discutir a falta de legitimação democrática destas autarquias especiais, mais do que questionar a necessidade destes entes, ou de afirmar sua admissibilidade, importa estudar as formas pelas quais o princípio democrático pode ser equacionado.

A conjugação do poder com a legitimidade democrática a ser conferida a estes órgãos por força dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, como o brasileiro faz

surgir à necessidade de verificação dos mecanismos de controle, com a propositura de formas novas, que não se restrinjam ao sistema clássico de freios e contrapesos. Afinal, não se pode aceitar que o debate político no seio destas instituições seja cerceado pelos “mecanismos de filtragem”, ou “regras de exclusão institucionalizadas”, pré-selecionam vontades e interesses, simplificando a realidade política, e criando um sistema que ignora sistematicamente interesses de sujeitos que são afetados com o resultado destas atividades.

A vigília dessa atividade normativa pode ser separada em duas esferas diferentes. Primeiro, há o controle feito através da participação do processo decisório das agências, isto é, ao longo da definição do conteúdo normativo. Em segundo lugar, existe o controle *a posteriori* destes atos normativos, pela via judicial. Do aprimoramento destes processos depende o maior ou menor grau de legitimidade decisória destes entes. O primeiro caso ilustra bem a idéia de participação na escolha dos valores e objetivos a serem perseguidos, tal como formalmente ocorre no Legislativo. No segundo caso, o controle, feito também com base nestes valores, destina-se a realocar conter a concentração de poder no Executivo, através do equilíbrio de forças entre este poder e o Judiciário, rompido em seu modelo clássico pela dualização da atividade normativa.

3.3. O controle *interna corporis*

O risco do retrocesso autoritário ocasionado pelo insulamento burocrático dos órgãos de regulação pode ser atenuado por meio da instituição de modelos normativos que favoreçam a participação popular em seus processos decisórios e direcionem a busca pelo desenvolvimento econômico.

A participação na Administração possui caráter de proteção ao cidadão. Isso porque as normas administrativas constituem importante instrumento de garantia de direitos fundamentais, situados acima do Estado, ao qual compete assegurar a intangibilidade destes direitos fundamentais. Com isso, elimina-se ainda uma grave falha do plano de reforma do Estado: a exacerbação da relação Estado-mercado, em detrimento do papel da esfera pública na regulação.

Processos desenvolvimentistas não são feitos sem custos sociais. Cabe à sociedade escolher quais custos se dispõe a suportar e em nome de quais valores o fará, já que os setores que devem ser fiscalizados e protegidos são muito sensíveis e socialmente relevantes.

Os procedimentos normativos também colaboram para o desenvolvimento econômico, por meio da: a) racionalização do processo decisório; b) identificação de valores orientadores

da ação estatal; e c) favorecimento de controle jurídico voltado à correção de desvios de conduta.

Em outras palavras, o suprimento do déficit democrático da função normativa exercida pelas agências reguladoras compreende a prática de diversos atos, principiando institucionalização de procedimentos normativos e passando pela democratização dos mesmos, por meio da participação dos interessados e da máxima garantia de transparência destes atos. Isso sem deixar de mencionar a existência de controles externos.

3.3.1. Controle *interna corporis*, devido processo legal e participação popular

Não é possível falar em procedimentos sem antes fazer uma breve referência ao princípio que sintetiza o sistema de garantias constitucionais processuais: devido processo legal.

Originalmente este princípio contava com conteúdo meramente formal, expressando o cumprimento de formalidades. A evolução das idéias que o cercavam acabou por desmembrá-lo em outros como o de tratamento isonômico, direito ao contraditório etc. Modernamente, o direito ao devido processo legal é compreendido como direito ao procedimento adequado, isto é, consentâneo com a realidade social e com a relação de direito material envolvida.

No âmbito administrativo, sua aplicação não se restringe a aspectos formais, mas sobretudo, ao conteúdo das normas editadas, daí expressarem um *devido processo substancial*. Por considera mais apropriado a tradução do *due process of law* por *procedimento devido em direito*, expressão que abrange igualmente atividade executiva, legislativa e judicial, identifica o significado deste princípio com a necessidade de seguir um processo ou um procedimento justo quando a ação executiva, legislativa ou judicial tem por objeto os bens da vida, liberdade ou propriedade. Vale dizer, sempre, que caso alguns destes bens sejam afetados por uma atuação do Poder Público, neste caso, do Executivo Federal, deve-se adotar procedimentos que vedem a arbitrariedade na aplicação de normas jurídicas.

Pode-se direcionar atenção ao processo decisório, em detrimento de seu conteúdo. Desta maneira, as insatisfações dos atores envolvidos são neutralizadas e absorvidas, gerando confiança no sistema. Sob outra perspectiva, entende-se que a instituição de regras procedimentais atende à exigência de observância de valores éticos reconhecidos. Associa-se assim a instituição de procedimentos à realização de ideais de justiça e equidade. Nestas duas hipóteses, o procedimento teria o condão de conferir maior grau de legitimidade democrática às decisões que dele resultassem, aumentando sua aceitação pelos administrados aprimorando

os comandos emanados pelas autoridades. Em outras palavras, embora a instituição de procedimentos, por si só, não assegure a legitimidade do conteúdo das normas que deles resultam, sua instituição contribui para sua obtenção da referida legitimidade.

Recorde-se, que o controle dos atos administrativos de regulação pelo judiciário é excluído. Trata-se de se abrir espaço para contribuições populares no âmbito administrativo. Algumas cautelas são exigidas apenas para que não se “empurre” o exame destes atos para o Judiciário, sob pena de se transformar em letra morta os procedimentos administrativos que contemplem a participação popular, em razão da finalidade desta participação.

No Brasil, após a alteração operada pela Emenda à Constituição 19, a participação social na Administração Pública brasileira foi consagrada na Carta Magna, em seu artigo 37, § 3º, que conferiu maior especificidade ao princípio participativo, contido no artigo 1º, parágrafo único.

A inserção da participação popular entre as disposições gerais da Administração Pública relaciona-se com a inserção do princípio da eficiência *caput* do mesmo artigo 37. Essa ligação ocorre porque os institutos de participação popular vêm cumprir o papel de promover a colaboração entre a sociedade e a Administração Pública, através da transparência da Administração e da maior fiscalização dos resultados de suas atividades, em troca da adesão dos administrados à organização que a reforma administrativa buscou estruturar.

Seguindo a mesma tendência, as leis de regulação e a lei de processo administrativo trouxeram em seu bojo normas referentes à participação dos administrados nos procedimentos instituídos. Essa preocupação, no caso das agências, teve sua relevância ampliada pelo fato de a atividade normativa não possuir caráter secundário. Além disso, a complexidade da matéria regulada poder se tornar mais compreensível e, conseqüentemente sujeita a controle social mais intenso, se for exposta às partes ao longo do processo decisório. Isso oferece um argumento contra a crença na especialização técnica como causa da justificadora da exclusão de participação popular na regulação.

Por fim, utilizando como critério a existência ou não de um representante eleito entre a agência e o administrado, podem-se distinguir duas modalidades de participação na elaboração de normas: direta e indireta. No primeiro caso, encontram-se: a) consultas públicas; b) audiências públicas; e c) plebiscito e referendo administrativos. No segundo existem: d) ouvidorias; e) órgãos de recebimento de denúncia; f) conselhos consultivos e; g) comitês estratégicos. Passa-se, primeiramente, à análise das formas diretas de participação popular e, ao depois, às indiretas.

3.4. Participação direta nos procedimentos normativos

3.4.1. Consultas públicas

O primeiro e mais importante mecanismo de participação na produção normativa é a consulta pública. Inspiradas na *enquête* do direito francês, esta forma de participação se dá pelo questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes da elaboração das normas jurídicas.

No âmbito da regulação econômica, através da consulta, os interessados podem emitir suas opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela Agência. Todas as questões formuladas ao público devem ser examinadas pela agência reguladora. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos consultados.

Ademais, não pode haver mudança na matéria exposta ao questionamento que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento.

Nos casos em que há obrigatoriedade de realização de consulta pública, a participação torna-se condição de validade do ato, podendo fundamentar pedido de revisão judicial do mesmo. Por isso, é essencial que esta obrigação esteja contida na lei, caso contrário, não se poderá questionar a validade do ato normativo ao cumprimento deste requisito. Cabe ainda ressaltar que, em situações de urgência, nas quais a edição de normas deva ser feita em espaço de tempo menor do que o exigido para a conclusão do procedimento devido. Devendo existir um mecanismo de controle *a posteriori* dos atos normativos da agência.

3.4.2. Audiências públicas

Mecanismo de participação direta em processos em cursos entidades reguladoras, as audiências públicas consistem na realização de sessões abertas a cidadãos individualmente considerados, associações e demais interessados. Nestas ocasiões são esclarecidos e debatidos temas relativos a processos administrativos decisórios em curso.

Através das contribuições prestadas em consultas e audiências públicas, torna-se possível avaliar se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, apreciou todas as variáveis relevantes ao caso e orientou para a solução mais adequada.

Ademais, não se admite brusca alteração da norma proposta sem aviso prévio e sem realização de novo procedimento.

A realização da audiência constitui formalidade essencial aos atos administrativos a ela vinculados, disso dependendo a validade dos mesmos. Para que sua publicidade seja real, a Administração deve divulgar a matéria a ser discutida e o modo pelo qual a sessão se desenvolverá.

Analisando a ANATEL, distinguindo a audiência da consulta pública pelo fato de as primeiras não ocorrerem em processos normativos, apenas nos de adjudicação. Por sua vez, a elaboração de normas submete-se à consulta. Marcos Augusto Perez (Perez, p. 156), distingue os dois institutos pela maior simplicidade das consultas em relação às audiências, vez que somente nesta última se aplica o princípio da oralidade. Note-se que na ANP, referências às audiências permitem equipará-la à consulta pública. Com base nessa distinção, conclui-se que o emprego da expressão audiência pública, no caso na ANP, deve ser compreendida como consulta pública.

Apesar de não se referir diretamente à produção de regras direcionadas ao mercado - salvo na ANP - a audiência pública produz efeitos indiretos na elaboração de normas. Isso porque a submissão de decisões ao juízo popular, por si só, representa um avanço na tentativa de conferir transparência à Administração Pública. Tal transparência acabará por imbuir a criação dos comandos reguladores voltados à atividade econômica.

Além disso, as considerações aventadas em uma audiência pública feitas em relação a um processo administrativo pode servir de subsídio para a elaboração de um regra geral e abstrata.

3.4.3. Plebiscito e referendo administrativos

Procedimentos pouco utilizados na prática brasileira, o plebiscito e o referendo constituem formas valiosas de participação popular na administração pública. Definidos como consultas formuladas ao povo para deliberação sobre matéria relevante constitucional, legislativa ou administrativa, tais institutos foram previstos na Constituição Federal, artigo 14, incisos II e III, e regulamentados pela Lei 9.708/98. Nos termos desta lei, o plebiscito é convocado previamente ao ato legislativo ou administrativo para sua aprovação ou rejeição e o referendo após a edição do ato em discussão.

Em geral são interpretados de modo restritivo, levando à conclusão de que só podem ser empregados na atividade legiferante do Estado. Porém, não há qualquer impedimento ao

seu uso na atividade normativa do Estado. Pelo contrário, trata-se de uma interpretação consentânea com a abertura de um novo espaço de criação do direito em órgãos administrativos e, acima de tudo, com a afirmação da soberania popular reconhecida em sede constitucional.

Nesse sentido, a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar o referendo e convocar plebiscito, prevista no artigo 49, XV, da Constituição Federal, refere-se apenas ao referendo e ao plebiscito legislativos. Não alcançam, portanto, a efetivação da participação popular na Administração Pública, nos limite da matéria confiada a cada órgão. E ainda que se entenda de modo contrário, a autorização ou a convocação destas consultas pelo Legislativo também permitirá a intervenção desse poder na atividade normativa das agências.

A admissão do plebiscito e do referendo administrativa gera duas conseqüências importantes. A primeira é a de criar um procedimento vinculante para a Administração Pública, que fica inquestionavelmente condicionada ao resultado obtido nestes procedimentos. A segunda é a de garantir que o administrado que vota tenha legitimidade para atacar judicialmente as vicissitudes do ato normativo resultante e requerer judicialmente o cumprimento do decidido no plebiscito ou referendo.

3.5. Participação popular indireta

3.5.1. Denúncia

Através deste procedimento, assegura-se a todo cidadão um canal para a apresentação de denúncias de irregularidades envolvendo a matéria regulada pela agência. Oferecida a denúncia, desencadeia-se uma investigação para apurar a informação recebida e adotar medidas para sanar as irregularidades verificadas. Ao final, o resultado é comunicado ao denunciante.

Conquanto o procedimento de denúncia seja uma forma de participação direta do cidadão na atividade regulatória, apenas indiretamente interfere na atividade normativa.

3.5.2. Ouvidoria

Por fim, há ouvidorias nas agências, criadas sob inspiração do *ombudsman* sueco, mas que com ele não se confundem. O ouvidor do direito brasileiro é, em geral, indicado pelo chefe do Poder Executivo, ao passo que o *ombudsman* é vinculado ao Poder Legislativo.

A ouvidoria é o órgão incumbido de tecer críticas ao funcionamento da entidade, zelar pelo interesse público, opinar sobre a regulação, propor a edição de atos normativos, receberem queixas, denúncias e sugestões dos administrados e, em seguida, encaminhá-las aos órgãos competentes para sanar os problemas ou verificar as sugestões apresentadas.

Não deve ser confundida com o órgão de recebimento de denúncia, mencionado anteriormente. À primeira compete tecer críticas ao funcionamento da agência; ao segundo receber denúncias externas de irregularidades havidas na regulação, ao segundo compete. Evidentemente pode haver a concentração de atribuições em um único órgão⁷. Na prática é o que se verifica, pois muitas das denúncias de mau funcionamento do setor estão ligadas a falhas da agência reguladora, o que pode tornar a divisão de funções pouco nítida, vez que os órgãos acabam atuando de modo concorrente.

Apesar de ser o menos participativo dos procedimentos, pois a atuação dos administrados limita-se a fornecer informações a órgãos internos das entidades reguladoras, há indicadores positivos de seus resultados.

3.5.3. Conselho consultivo

Os conselhos consultivos são órgãos das agências nos quais a participação popular se efetiva como decorrência de sua composição mista. Neles, reúnem-se representantes do Senado, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, das prestadoras de serviços regulados, das entidades representativas de usuários e das que representam a sociedade em geral.

Na ANATEL, parte dos membros do Conselho Consultivo é indicada pelas instituições representadas e parte é escolhida pelo Presidente da República, após elaboração de lista tríplice apresentada pelas mesmas. Depois de indicados, os representantes exercem mandatos fixos.

Suas atribuições são de caráter consultivo – quanto à fiscalização do serviço prestado – e fiscalizador – quanto à atuação do Conselho Diretor. Incluem ainda a emissão de opiniões sobre projetos das agências, aconselhamento quanto à prestação do serviço público,

⁷ Todavia, não é isso que ocorre de acordo com a sistemática adotada no setor de telecomunicações, que distingue bem os dois órgãos. Isso prejudica o bom andamento de ambos, uma vez que a importância do ouvidor, reside também em sua legitimidade para propor atos normativos. Essa atribuição teria maior relevância, caso coubesse cumulativamente ao ouvidor receber denúncias, queixas e sugestões dos cidadãos e propor medidas aptas a solucionar as falhas de funcionamento da agência (falhas de governo) e do setor regulado (falhas de mercado).

apreciação de relatórios e elaboração de propostas concernentes à atuação do Conselho Diretor.

O grande problema destes conselhos reside no fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelos administrados, o que pode comprometer sua real representatividade. Fora esta falha, reconhece-se sua inegável importância no acompanhamento permanente da regulação setorial.

3.5.4. Comitê estratégico

Bastante interessantes são os comitês estratégicos, responsáveis pela elaboração de estudos, proposições e recomendações sobre temas específicos. Destaca-se a elaboração de estudos que podem se converter em instrumentos de divulgação de informações sobre o setor regulado.

Na ANATEL, sua instituição é facultada à agência e a direção fica a cargo do Conselho Diretor, o que demonstra que estes comitês funcionam mais como órgãos de apoio à diretoria do que de participação. Este último aspecto fica por conta da existência de representantes da sociedade civil entre seus membros.

3.6. Participação popular e paralisia decisória

Em relação ao risco de "engessamento" ou retardamento das decisões por conta de um "excesso" de participação, recorda-se que a letargia dos órgãos administrativos - que a reforma administrativa pretende sanar - tem como uma de suas causas seu isolamento em relação ao público. Aliás, foi por conta desse isolamento que se verificaram muitos atos de improbidade administrativa e desvio de poder, de difícil identificação pela falta de canais de controle popular.

Evidentemente, há que se encontrar uma medida ideal à participação, para que não inviabilize a atividade regulatória, através de procedimentos céleres, com fases bem definidas. De modo algum, pode-se inibir a participação da sociedade civil no controle das atribuições conferidas às agências, até porque dela provém o poder exercido pela Administração. Além disso, em se tratando de produção normativa, a legitimação popular é imprescindível. Em suma, embora os limites e os modos de participação ainda não estejam bem delineados, não há que se contestar sua imprescindibilidade.

CAPÍTULO 4 - CONTROLES EXTERNOS

4.1. Disposições Preliminares

Reiterando todas as considerações anteriormente feitas acerca da necessidade de controle das agências reguladoras, procede-se agora ao exame dos mecanismos externos a estes entes.

Aqui, parte-se da premissa de que o poder só é contido com poder. Vale dizer, se os procedimentos adotados pelas agências não se exaurem no cumprimento de formalidades, pelo contrário, envolvem um complexo trabalho de processamento de informações e elaboração de normas a partir destas, não se prescinde de mecanismos de controle do conteúdo desta regulação. Se às agências foi atribuída ampla margem de liberdade, igualmente certo é que a confusão entre autonomia e imunização a controle externo levaria à quebra do Estado Democrático de Direito.

Portanto, se as agências podem produzir e aplicar normas, devem ser controladas pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo, notadamente pelos primeiros. E por observar que a função reguladora agrega elementos de funções administrativas, normativas e judicantes, é necessário realizar um controle híbrido, isto é, com uso de instrumentos tradicionalmente empregados no Poder Executivo e no Legislativo.

Isso não significa, de modo algum, uma diminuição da importância conferida aos procedimentos normativos desenvolvidos no interior das agências. Ocorre que os procedimentos *internos corporis* não têm o condão de, por si só, assegurar o cumprimento de todos os princípios e finalidades que devem ser observados na elaboração de atos regulatórios. Mas, seguramente, servem de diretriz para a atividade administrativa, além de fornecer subsídios para o imprescindível controle externo da regulação, o que evidencia que controles interno e externo se complementam, constituindo formas complementares de controle.

Feitas essas considerações, principia-se por duas valorações imprescindíveis à apreciação da validade dos atos de regulação, a partir dos quais se parte para a reflexão sobre os mecanismos de controle. São eles: a adequação de seu conteúdo ao sistema constitucional e a verificação da racionalidade material destes atos.

4.2. O controle pelo Executivo

Afastar a possibilidade de ingerência do Poder Executivo sobre a atividade das agências foi um dos principais objetivos da atribuição de independência a estes entes.

Contudo, como esta independência não é absoluta o Executivo permanece incumbido de exercer a direção superior da administração federal, consoante disposto no artigo 84, II da Constituição Federal. Identificar de maneira nítida limites deste poder de direção não é possível, haja vista a dificuldade em compreender o que significa tal independência.

Como sucede em relação a todas as autarquias, há submissão ao órgão da administração direta que a tenha criado (Chefe do Executivo, Ministros ou Secretários), nos termos especificados em lei. No caso das agências, a tutela pelo executivo restringe-se à nomeação de seus dirigentes, após aprovação pelo Senado Federal.

Neste ponto, resta evidenciada a existência do elemento político, prevalecendo sobre o aspecto técnico, decorrente deste poder de direção. Este elemento político carrega consigo duas possibilidades bem diferentes: a de realização de um controle que de tão incisivo sufoque a autonomia das agências, mitigando-a ou a de atribuição de uma liberdade que as dissociem de qualquer objetivo político.

Pela atual disciplina das agências, a intervenção pelo Executivo sobre a atividade normativa não existe, a menos que se considere que a nomeação de dirigentes repercutirá nesta atividade. Nesse caso, porém, não se está diante de um controle que incida diretamente sobre a produção de normas, mas sim da orientação geral de atuação destes entes.

Por fim, cabe a observação de que ao tempo da elaboração do presente trabalho, a reflexão sobre os meios de controle das agências pelo Executivo revela uma dificuldade, qual seja, a de vislumbrar como o Executivo se relacionará com estes entes após as atuais eleições presidenciais. Não é possível sequer imaginar se o modelo descrito anteriormente será mantido.

4.3. O controle pelo Legislativo

Um intenso acompanhamento das agências reguladoras pelo Poder Legislativo constitui a primeira forma de se garantir legitimidade e impor limites à atuação destes entes. O fundamento deste controle advém das diferenças entre o Poder Legislativo e o Executivo, diferenças que são da essência de cada um destes.

Para melhor explicar a afirmação anterior, basta recordar que no Estado de Direito, o governo de leis, prepondera sobre o governo de homens. Assim, compete ao Legislativo traçar objetivos públicos a serem perseguidos e à Administração cumprir estas designações. Em suma, enquanto leis expressam a soberania popular e dela extraem sua legitimidade, os regulamentos expressam uma atividade funcional do governo. Como esta atividade funcional é determinada por lei, compete ao Poder Legislativo definir os limites de atuação das agências, fixando previamente padrões de atuação e lhes atribuindo competência normativa. Com isso torna-se inadmissível, ante o ordenamento jurídico brasileiro, a instituição de agências por meio de medida provisória, como ocorreu no caso da ANVISA.

Sobre este tema observa-se a dificuldade de se definir qual deve ser o conteúdo mínimo da regulação. Para o autor, o Legislativo fixar *standards* para que a regulação possua limites claros, sob pena de ocorrer pura e simples delegação legislativa e acompanhar o cumprimento dos objetivos definidos para o setor, exigindo relatórios detalhados e submetendo-os às comissões específicas do Parlamento (CF 49, X).

Além disso, o Parlamento pode realizar um controle de constitucionalidade repressivo, suspendendo atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar, normativo⁸, ou os limites da delegação legislativa, nos termos do artigo 49, inciso V da Constituição Federal. Trata-se de medida de exceção à regra do controle judiciário de constitucionalidade, por meio da qual se retira a validade da norma em questão.⁹

4.4. O controle pelo Poder Judiciário

4.4.1. Judiciário e democracia

Prosseguindo o estudo acerca dos meios de intervenção sobre o conteúdo de atos normativos de regulação, principia-se a apresentação do controle jurisdicional desta atividade. À vista da ausência de um mecanismo de controle pelo Executivo e da dificuldade de acesso

⁸ O dispositivo fala em regulamento e delegação. Os atos regulatórios enquadram-se entre os primeiros, pois, embora não sejam regulamentos propriamente ditos, são formalmente designados por este termo.

⁹ Interessante notar que as disposições dos artigos 37 e 70 da Constituição Federal estabelecem de forma ampla o controle sobre a administração direta e indireta pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, transformando-o em um meio de participação no funcionamento do Executivo. Este controle deve ser feito com vistas ao controle formal e, sobretudo, ao material, por força do princípio da eficiência na Administração Pública. (CF 74, § 2º). Nestes casos, a interferência sobre a atividade normativa não é tão evidente quanto no anterior. Mas não deixam de ser importantes, visto que suas atribuições criam um enorme potencial destes órgãos para o controle da eficiência da atuação das agências. Muitas irregularidades só vêm à baila após ser apurada a gestão financeira dos entes administrativos, casos em que quaisquer ilegalidades apuradas devem ser comunicados ao Poder competente.

de muitos segmentos da sociedade ao Legislativo, o Judiciário figura como um espaço privilegiado de participação e controle sobre a atividade regulatória.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di PIETRO (1993, p. 127-139), afirma que no Brasil, o meio mais eficaz de participação popular é aquele realizado mediante provocação da atividade jurisdicional. Nessa hipótese, o procedimento judicial é utilizado como veículo de realização do princípio participativo, permitindo a presença e o envolvimento de particulares e de grupos na Administração Pública. A esta atuação, denomina-se “participação popular na administração da justiça”.

Isso afasta o argumento de que o Judiciário não teria legitimidade para alterar atos normativos do Executivo ou do Legislativo pelo fato de não prestar contas de suas decisões ao povo, tampouco a seus representantes, eleitos democraticamente. Essa idéia, alicerçada no receio de que os tribunais adotem posições totalitárias, suprimindo o debate que antecede a elaboração de normas, não resiste a um exame mais aprofundado sobre o papel do Judiciário nas democracias contemporâneas. Os quais são empregados argumentos que se aplicam perfeitamente ao controle em estudo.

Primeiramente, observa-se que o Executivo e o Legislativo, mesmo nas sociedades mais democráticas, nunca constituíram verdadeiro paradigma de democracia representativa, dada a existência de grupos variados que buscam vantagens nos centros de poder, ou através deles, de modo que a composição destes interesses conflitantes acaba muitas vezes tomando o lugar da “vontade da maioria”.

Ademais, o Poder Judiciário não é totalmente desprovido de representatividade. A constante renovação dos quadros de juízes permite que o consenso em torno de diversos temas submetidos aos tribunais seja apreciado por estes magistrados. Acrescente-se a isso o dever de motivação das decisões, que permite uma exposição pública dos magistrados, tornando-os responsáveis perante a comunidade.¹⁰

O terceiro argumento é o de que os tribunais contribuem para a representatividade geral do sistema, principalmente no caso de direitos transindividuais, na medida em que viabilizam o acesso ao processo judicial de grupos que não têm acesso ao processo político, sendo melhores atendidos através do primeiro. Aqui o trabalho de Martin SHAPIRO, (1993, p 99), cuja análise transcreve-se a seguir:

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte,

¹⁰ Não se desconhece também as pressões a que podem ser submetidos os juízes, por conta dessa mesma exposição, interferindo em sua isenção.

pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório ('adversary') entre duas partes vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.

O procedimento adotado pelo Poder Judiciário também contribui para que se reconheça seu caráter democrático. Ao contrário dos que ocorre no interior dos "anéis burocráticos" - que, distantes da população, tornam-se praticamente inacessíveis - o processo judicial se desenvolve em conexão com as partes, que apresentam suas pretensões e se fazem ouvir. Muitos cidadãos só podem interferir na atuação administrativa através dos tribunais, uma vez que não dispõem de meios para se organizar e exercer influência sobre órgãos administrativos, em tese, imunes a *lobbies*.

Visto por este aspecto, o processo judicial, informado pelos princípios de inércia da jurisdição (*nemo iudex sine actore*), imparcialidade e garantia do contraditório, é até mais democrático do que os outros processos da atividade pública, tornando a jurisdição uma atividade verdadeiramente democrática.

4.4.2. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

As considerações supra, evidenciam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), segundo o qual o acesso ao Judiciário é garantido mesmo para lesões que ainda não tenham sido concretizadas. Não há ato cujo controle se esgote no âmbito administrativo, tornando inadmissíveis estruturas como a do contencioso administrativo, previsto na Constituição anterior.

A importância da garantia de acesso ao Poder Judiciário encontra-se ligada à positivação de direitos sociais ao longo do século XX, positivação esta que fez com que todos os conflitos sociais se tornassem também jurídicos. Esta mesma consagração de direitos sociais transformou o direito ao acesso à justiça em um "direito charneira", cuja negação acarretaria a de todos os demais. Tem início o fenômeno conhecido por *judicialização da política*, no qual justiça social e processo civil têm sua ligação acentuada.

Nesse quadro, a eficácia dos direitos sociais envolvidos em políticas públicas – entre as quais se incluem as regulatórias - depende da possibilidade de se agir em juízo, visando a

uma ação concreta do Estado, embora não se esgote no direito de ação. Vale dizer, esse controle deve ser compreendido como mais um mecanismo de controle, complementar aos existentes, que não deve ser concebido como meio de suprir a inação administrativa e o *déficit democrático* gerado pela ausência de participação do cidadão no exercício da função normativa.

Entre os instrumentos de participação popular na administração da justiça, destacam-se as ações de controle de constitucionalidade de atos normativos, as ações coletivas e as ações populares. Todas elas implicam exame judicial de atos administrativos, razão pela qual este tema será abordado a seguir.

4.4.3. Controle jurisdicional dos atos administrativos

Originalmente, negava-se a submissão dos atos de regulação ao judiciário, visto que este não poderia garantir intervenções eficazes em matérias técnicas. Seguiu-se uma tendência antiga, limitadora do controle judicial de atos administrativos não vinculados (atos discricionários e, atualmente, também atos regulatórios). Somente com a conscientização de que referida liberdade existe em função do dever de bem administrar houve mudanças na crença de intangibilidade do conteúdo dos atos administrativos.

Antes de qualquer coisa, há que se frisar que a clássica distinção entre atos praticados no exercício de competência vinculada e atos praticados no exercício de competência discricionária não poder ser aplicada com perfeição aos atos regulatórios. Com efeito, estes atos são exercidos por força de competência regulatória (regulamentar), diferente da competência discricionária¹¹. Além disso, são feitos de modo prospectivo, não mais em face de casos concretos. Todavia, as majorias dos autores que tratam do tema, os fazem como se atos discricionários fossem, em razão da margem de liberdade atribuída ao agente administrativo.

¹¹ A partir dos elementos contidos na definição de discricionariedade percebe-se que competência regulatória não se confunde com a discricionária, visto que esta última refere-se à medidas a serem tomadas perante casos concretos, ao passo que na regulação o agente público elabora normas a serem aplicadas a casos futuros. Conforme define Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade é a “*margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48)

Não obstante, é certo que existem elementos e requisitos comuns a atos regulatórios e discricionários, que justificam um tratamento similar às duas espécies. A margem de liberdade conferida ao administrador as aproxima. Pode-se adotar aos atos regulatórios o mesmo raciocínio no que concerne ao mérito do ato administrativo discricionário, sua finalidade, razoabilidade e motivo, ainda que não se tenha o caso concreto, á que atos regulatórios são regras gerais.

Além disso em nenhum dos dois casos existe uma faculdade, mas sim um poder jurídico atribuído ao órgão administrativo para o exercício de funções delimitadas. Qualquer extravasamento deste poder acarreta nulidade do ato administrativo e seu desvio para a prática de ilícitos resulta na responsabilidade do agente perante terceiros.

4.4.3.1. Estrutura dos atos administrativos

Para compreender o objeto de análise a ser apresentado ao Judiciário é necessário entender a constituição dos atos administrativos. As estruturas lógicas dos atos administrativos são apresentadas de variadas formas, agrupando-se seus elementos de acordo com critérios que não são unânimes. Sem adentrar nas minúcias desta classificação, a qual foge ao tema deste trabalho, é possível apresentar um panorama destes atos seguindo a estrutura comum a todos os atos jurídicos, isto é, identificando seus três elementos – sujeito, objeto e forma – bem como os requisitos extrínsecos ao ato, isto é, aqueles que lhe são logicamente anteriores – motivo e a causa.

São os elementos dos atos administrativos que determinam a validade dos mesmos, a depender de atributos específicos de cada um. Assim, os *sujeitos* devem ser capazes para a prática de um determinado ato. No caso dos agentes administrativos, isso se traduz na necessidade de que o agente administrativo tenha atribuição legal para desenvolver uma determinada atividade, ou seja, tenha competência para fazê-lo.

O segundo elemento, o *objeto*, requer a licitude para sua validade. Vale dizer, o ato administrativo deve versar sobre matéria cuja disciplina tenha sido autorizada em lei e para atender a uma finalidade igualmente prevista em lei. Isso porque no Direito Administrativo, o objeto do ato relaciona-se ao princípio da legalidade, e esta ao princípio da finalidade administrativa. Conforme salienta José Afonso da SILVA¹², o fim não se desprende do

¹² Sobre o princípio da finalidade administrativa, o constitucionalista afirma que: “o legislador constituinte o entendeu como um aspecto da legalidade. De fato o é na medida em que o ato administrativo só é válido quando

conteúdo do ato, integrando, pois, seu objeto. Em síntese, o agente administrativo só pode fazer o que a lei autoriza – autorização essa bastante genérica em se tratando de matéria sujeita à regulação setorial – e para o atendimento do fim nela contemplado.

Assim sendo, ao Judiciário é confiado o poder-dever de verificar quais interesses e qual escopo foi visado por cada ato administrativo, declarando a nulidade dos atos praticados com desvio de finalidade, ou seja, dos atos que não atendam, da melhor maneira, a finalidade da política pública a ser implementada. A atenção para a finalidade impõe que todas as decisões resultantes da atividade reguladora sejam vinculadas aos motivos, que devem sempre ser exposto, os quais fundamentam a existência do ato.

Como o que se pretende é obter o respeito a procedimentos normativos democráticos, nos quais a participação dos interessados influencie as normas deles resultantes, não há razão para se prestigiar um controle voltado aos aspectos formais. Vale dizer, o alcance da finalidade do ato é suficiente para sua manutenção, e os vícios de forma só acarretarão nulidade do ato se a inobservância do processo trazer danos efetivos.

Portanto, sempre que o ato de regulação visar a fim diverso daquele previsto em lei, haverá vício de legalidade, isto é, utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição.

O terceiro elemento, a *forma*, integrará um ato válido se houver conformidade com as prescrições legais, ou não contrariedade, o que decorre do fato de que a observância de formalidades legais constitui garantia do *due process of law*.

Além destes três elementos, existem dois requisitos, logicamente anteriores aos atos administrativos, que lhe condicionam a existência: o motivo e a causa. O motivo é o pressuposto fático que exige ou possibilita a prática do ato, sem o qual este não pode existir. A causa é constituída pela relação de pertinência entre o pressuposto fático (motivo) e o conteúdo do ato administrativo. Trata-se da concretização do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja cognição depende da motivação dos atos das agências.

Somente à luz de todos os elementos e requisitos dos atos administrativos em geral será possível traçar o campo do equivalente ao mérito dos atos discricionários, cujo exame é defeso ao Judiciário.¹³ A conclusão a que se chega é a de que a decisão tomada no uso de

atende o seu *fim legal*, ou seja, o fim submetido à lei. Logo, o fim já está sujeito ao princípio da legalidade, tanto que é sempre vinculado.”(*Curso de Direito Constitucional*, Op. Cit. p. 647).

¹³ A apreciação de todos estes componentes faz com que o mérito administrativo seja compreendido em limites bastante estreitos, como “*campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a*

competência regulatória só será inatacável se houver verdadeira opção de “mérito”, ou seja, se houver opção entre medidas equivalentes. Fora isso, seus atos serão inválidos ou inexistentes.

Para tanto, o Poder Judiciário deve empreender ampla atividade investigativa. Nessa investigação, será de grande valia a verificação da correta condução do procedimento normativo, isto é, da participação dos interessados e da observância dos motivos determinantes do ato, já que as contribuições trazidas pelos interessados passarão a constituir material a ser submetido à apreciação judicial.

No tocante aos atos cometidos no exercício da chamada discricionariedade técnica, aplica-se o mesmo que foi dito até o momento. Não se pode utilizar o argumento da especialização para afastar o controle jurisdicional, até porque se os conceitos são técnicos, pouca margem de discricionariedade é deixada ao regulador, e mais preciso é o julgamento. Ademais, conforme visto, discricionariedade não significa imunização ao controle jurisdicional. De todo modo, a complexidade da matéria de fato constitui um óbice à fiscalização da atividade regulada, pela dificuldade de compreender a matéria tratada.

Com esta exposição pretendeu-se demonstrar que a atual disciplina da revisão judicial dos atos administrativos é insuficiente para solucionar todas as indagações acerca da regulação.

4.4.4. Controle de constitucionalidade

Em matéria de regulação, o controle de constitucionalidade é essencial, posto que envolve dispositivos referentes à ordem social e econômica.

Conforme dito no início do capítulo, o juízo de inconstitucionalidade envolvendo a regulação econômica abrange a verificação da constitucionalidade da política pública regulatória que esteja sendo implementada. Esta política não pode ser confundida com as normas sobre as quais se estruturam, de modo que o controle de adequação constitucional não se confunde com o controle de constitucionalidade de normas conhecido no direito brasileiro. Surge uma dificuldade para a compreensão do tema, uma vez que o ordenamento brasileiro não consagra qualquer espécie de juízo de constitucionalidade de políticas públicas, a menos que estas sejam fragmentadas.

Para o professor, um modelo que atendesse a esta finalidade deveria operar de acordo com a seguinte descrição, COMPARATO, (1997, p. 21):

impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.” (Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38).

O juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios, envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de admitir que esse efeito invalidante há de produzir-se tão somente ex nunc, ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois de outra sorte poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados.

Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo (ex nunc, como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política.

Cristiane DERANI concorda com a revisão de mérito destes atos da administração. Entretanto, afirma que o juízo de constitucionalidade não recai sobre a política, e sim sobre os textos normativos vinculados a elementos do mundo do ser. Daí porque não admite o questionamento da política pública em tese na esfera judiciária (Derani, p. 219).

Igualmente, Maria Paula Dallari BUCCI observa que o professor fala mais da atribuição judicial sobre atos políticos, deixando sem resposta a dúvida acerca do que seria passível de controle judicial: o ato, a norma ou a atividade resultante da política pública (BUCCI, p. 249).

Como as políticas públicas extrapolam o instrumento normativo, e ainda não foram bem compreendidas pelo direito brasileiro, parece difícil conceber um modelo jurídico que permita conferir eficácia aos direitos e garantias consagrados em cada política.

Um exemplo que merece referência é retirado do direito alemão. Neste, a Corte de Karlsruhe (tribunal constitucional alemão) adota um procedimento que lhe permite dirimir dúvidas sobre os reflexos da lei em relação aos direitos fundamentais. Exige-se do legislador obediência a preceitos de método legislativo, uma investigação de fatos pertinentes ao caso e um prognóstico dos efeitos que serão gerados. Além disso, impõe deveres que o legislador deve observar no momento de adoção da lei e prossegue avaliando seus desdobramentos e corrigindo seus efeitos danosos.

Existe nesse sistema, que pode ser aplicado a qualquer autoridade que detenha competência normativa, uma boa proposta de instrumento de controle a ser adotado, apto a suprir a lacuna, qual seja, a de ausência de um método de controle de constitucionalidade da política. Todavia, até que algo semelhante a este modelo seja inserido no direito brasileiro, o

único controle possível de ser levado a efeito é aquele incidente sobre as normas emanadas pelo Legislativo ou pelo Executivo.

4.4.5. Ação popular

Ao se tratar de meios jurídicos de controle da Administração Pública, com atenção para a participação popular, a primeira ação de que se recorda é a ação popular.

Criada pela Lei 4717/65, esta ação é considerada um marco legal da defesa de garantias transindividuais dos administrados. A ação popular traz consigo um significativo instrumento de participação democrática, no qual o cidadão assume o papel de fiscal da atividade pública e adquire legitimidade para pleitear a anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público.

Em 1988, a Constituição Federal reconheceu esta ação para defesa contra atos ilegais ou lesivos ao patrimônio público, abrindo a possibilidade de anulação destes atos, contrários à moralidade e à probidade administrativa. A lesividade ao patrimônio público deixou de ser essencial para a propositura da ação popular, bastando sua ilegalidade. Houve, assim, um alargamento constitucional desta ação que passou a abrigar todos os atos lesivos praticados contra o patrimônio histórico e cultural, o meio ambiente, a moralidade administrativa e contra o patrimônio de entidades de que o Estado participe, possibilitando também a tutela de atos imorais, ainda não danosos ao erário.

No plano teórico, portanto, tem-se nessa espécie de demanda um mecanismo importante para institucionalizar a participação do indivíduo na Administração Pública. Diz-se “no plano teórico” porque se próprio Estado tem dificuldade de avaliar a atuação destas autoridades independentes, principalmente em razão das dificuldades técnicas para tanto, tanto mais o terá o particular que deseje acompanhar de perto a regulação desenvolvida por um determinado setor.

Pelas dificuldades apostas à sua propositura, em especial pela restrita legitimidade ativa, reforçada pela especificidade das matérias sujeitas à regulação, constata-se que o controle da Administração Pública e a anulação ou a declaração de nulidade de ato pela sociedade civil tem muito mais condições de prosperar por meio de ações coletivas.

4.4.6. Ações coletivas

Se o cabimento de ações diretas de inconstitucionalidade em relação a atos de regulação é questionado por alguns doutrinadores, o mesmo não pode ser dito em relação ao cabimento de ações coletivas, também conhecidas por ações civis públicas. Isso porque o caráter transindividual dos interesses e direitos envolvidos na regulação econômica é inquestionável.

A lei 7.347/85, inspirada nas *class actions* norte-americanas, embora conhecida como “Lei de Ação Civil Pública” não trouxe essa ação como única novidade. Em seus artigos foram instituídas formas de atuação extrajudicial, poderosos instrumentos de negociação, principalmente no âmbito da Administração Pública. Ainda assim, é inquestionável que sua maior novidade foi a criação de ações coletivas para defesa de interesses metaindividuais. Em geral, esses direitos e interesses têm como núcleo a proteção à pessoa física e à sua saúde, a circulação de informações nos meios de comunicação de massa, atentando para o aspecto moral destas, o direito à participação na administração pública e à informação sobre atos administrativos, os direitos do consumidor.

A denominada “ação civil pública” pode ser definida como “instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, paisagístico e por infrações de ordem econômica, protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade”. Ao contrário do que ocorre com o inquérito civil, a ação civil pública não tem como único titular o Ministério Público, podendo ser proposta também por autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações destinadas à proteção do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica, da livre concorrência, ou do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, constituídas há no mínimo um ano.^{14 15}

Note-se que o Ministério Público deve ter maior presença naquelas situações em que a dificuldade de articulação da sociedade civil seja maior, principalmente quando a violação a um direito transindividual seja de difícil percepção pelos sujeitos atingidos.

¹⁴ Lei 7.347/85, artigo 5º, *caput*, incisos I e II.

¹⁵ Na prática é o Ministério Público que ajuíza a grande maioria dessas ações. Ou seja, há um amplo rol de interesses coletivos, difusos, individuais indisponíveis e homogêneos sendo defendidos por uma única instituição que acaba por selecionar, dentre diversos problemas que lhe são apresentados, aqueles que devem ser prioridades em sua atuação. Esse monopólio “de fato” da ação civil pública evidencia ainda uma enorme dificuldade da sociedade civil brasileira para se organizar e reivindicar seus próprios direitos, perpetuando o estigma da hipossuficiência. Passados quinze anos da promulgação desta lei, surpreende que a população não tenha assumido seu papel de defesa de interesses metaindividuais, conservando o “hábito” de aguardar dos poderes públicos a solução de seus problemas.

CONCLUSÃO

A emergência da regulação como forma de intervenção do Estado na economia, mais do que uma opção revela uma contingência. O aparelho estatal, voltado à prestação de serviços públicos, acabaria implodindo, por exaurimento de suas potencialidades. Assim a transferência da prestação de serviços públicos aos particulares e a utilização do instrumento normativo para regular todas as atividades econômicas de interesse público foi a solução encontrada.

Sendo impossível deixar à deriva a prestação de serviços de interesse público por particulares, faz-se necessária alguma forma de intervenção capaz de equacionar interesses por vezes conflitantes a viabilizar a redistribuição de riquezas.

No Brasil, a ruptura com o modelo de bem estar ocorreu na década de 90 e foi marcada por diversas privatizações e alterações da legislação administrativa, dentre as quais a mais importante foi a criação das agências reguladoras, “importadas” do modelo norte-americano. As inovações representadas pela instituição destes entes de regulação, ao lado da falta de elaboração de um modelo regulatório adequado ao ordenamento brasileiro, causa bastante perplexidade àquele que se volta ao estudo do tema. Isso porque as agências são entes do Poder Executivo dotados de autonomia decisória e com função normativa comparável à do Poder Legislativo no âmbito de sua especialidade. Esta competência causa espanto porque afronta o princípio da separação de poderes, o da legitimidade e o da legalidade.

A compreensão destas entidades requer uma releitura dos princípios mencionados, de modo a enfatizar a *ratio* que orientou sua elaboração e buscar introduzi-los no cenário contemporâneo. Além disso, há que se ter claro que a regulação econômica é concebida para que o Estado possa atingir suas finalidades e deve obedecer aos princípios democrático (notadamente no que concerne à democracia econômica), cooperativo, de supremacia do interesse público, de proteção ao consumidor e, em boa medida, pela busca da eficiência.

A garantia de que a regulação se desenvolverá sem ofensa ao Estado Democrático de Direito exige que a competência normativa das agências se ajuste a um quadro normativo delineado pelo Poder Legislativo e se sujeite a um controle pela sociedade e pelos demais poderes do Estado. Surge aqui a preocupação com a legitimação desta atividade, isto é, com a busca de um fundamento para justificar a edição de normas por estes entes.

Pelas diferenças entre o Executivo e Legislativo e pelas características do direito regulatório, produzido no seio das agências, percebe-se que a legitimação da atividade destas não deve se dar através dos mecanismos adotados pelo Legislativo.

Quais seriam então os mecanismos a serem adotados para alcançar este objetivo?

No Poder Executivo legitimidade decorre da observância de regras que tornem os procedimentos, e, conseqüentemente, as decisões, democráticas. Disso não se pode abrir mão, sob pena de se romper com o Estado Democrático de Direito. Ou seja, do embate de idéias, proporcionado pela maior democratização possível das instâncias decisórias do Estado, resultam os valores que orientam a atividade econômica, através da regulação. Por isso, devem ser adotados procedimentos que contemplem a participação popular nas decisões das agências.

Nesse sentido, as consultas públicas, as audiências públicas, o plebiscito e o referendo administrativo cumprem este mister, constituindo canais em que a intervenção popular nas decisões é feita de modo direto. Os procedimentos de denúncia, as ouvidorias, os conselhos consultivos e o comitê estratégico são expedientes concebidos com o mesmo escopo, porém com recurso a um representante eleito entre a agência e o administrado.

Além disso devem ser reforçados mecanismos de controles externos à atividade de regulação. No Brasil, esse papel é desempenhado pelo Legislativo e pelo Judiciário. O primeiro, de suma importância, consiste na fixação de limites à regulação, tanto por meio de lei quanto pelo controle de atos que exorbitem a competência regulatória das entidades de regulação. O segundo figura como o mais democrático dos mecanismos de controle, posto que possibilita que grande número de cidadãos intervenha na atividade normativa em questão.

Todos estes mecanismos significam garantia de legitimação da atividade regulatória. Contudo, não é possível afirmar que a regulação no Brasil pode ser considerada verdadeiramente democrática. Os problemas decorrentes da falta de uma cultura de participação popular aliado aos problemas oriundos da desigualdade social - e quiçá agravados pelo modelo regulatório adotado no Brasil - refletidos na pouca participação popular na Administração Pública, estão longe de serem superados. Some-se ainda as dificuldades teóricas apresentadas à compreensão da matéria - ainda por ser superadas - obstando o aperfeiçoamento da matéria em questão.

Conclui-se, portanto, que o desafio proposto aos que se dispõem a estudar o tema das agências reguladoras é o de encontrar meios de garantir a legitimidade de suas decisões e o respeito aos ditames constitucionais, de modo que a competência normativa não se torne um "cheque em branco" nas mãos de seus titulares.

REFERENCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Brasília: Senado Federal, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 2000. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

CAPPELETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre; Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 737, p. 11-22, mar.1997.

DERANI, Cristiane. *Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização*. 2000. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 127-139. São Paulo: Malheiros, 1993.

DIAS, Solange Gonçalves. *Democracia representativa x democracia participativa: experiência de gestão municipal e a emergência de um novo paradigma democrático*. 2001. Dissertação (Mestrado). São Paulo, 2001.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1988.

- _____. (org). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 8, n. 35, p. 143-158, nov./dez. 2000.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MATOS, Paulo Todescan Lessa. *Agências reguladoras e democracia: Participação pública e desenvolvimento*. In. *Regulação e desenvolvimento*, Op. Cit.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 16, n. 46. p. 56-68, jun. 2001.
- _____. Crise, reforma do Estado e governabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, n. 36, fev. 1998.
- MORAES, Alexandre de. As agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, v. 90, n. 791, pp-739-756.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 215. p. 71-83, já./mar. 1999.
- OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o “Welfare State” Keynesiano: fatores de estabilidade e organização. Trad. Bárbara Freitag. *Revista Biblioteca Tempo Universitário*, n. 79, p. 356-386.
- _____. *Institutos de participação popular na administração pública*. 1999. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.
- PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza função. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 23, jul. 1998.
- SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação 'ex officio' do ato administrativo*. 2001. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.