Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Departamento de Direito do Estado

AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS:

estrutura, função normativa e mecanismos de controle

Gabriela Azevedo Campos Sales

Monografia de conclusão de curso de graduação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal.

São Paulo

2002

.....

ÍNDICE

INTRODUÇÃO..... 6

CAPÍTULO 1 - BREVE HISTÓRICO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA..... 8

1.1. Estado liberal..... 8

1.2. Estado intervencionista..... 9

1.3. Estado regulador..... 12

1.4. A Reforma do Estado Brasileiro..... 14

CAPÍTULO 2 - A NECESSÁRIA REVISÃO DOS PARADIGMAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 16

2.1. Introdução..... 16

2.2. Separação de poderes..... 16

2.3.Princípio democrático..... 19

2.4. Princípio da legalidade..... 21

2.5. Regulação: princípios e objetivos..... 22

2.5.1. Princípios da regulação..... 23

2.5.1.1. Princípio democrático, democracia política e democracia econômica..... 23

2.5.1.2. Cooperação..... 24

2.5.1.3. Interesse público..... 24

2.5.1.4. Princípio da proteção ao consumidor..... 25

2.5.1.5. Eficiência..... 26

2.5.1. Objetivos da regulação..... 26

2.5.1.1. Busca da igualdade social..... 27

2.5.1.2. Desenvolvimento..... 27

CAPÍTULO 3 - AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS..... 29

3.1. Introdução..... 29

3.2. O paradigma norte-americano..... 30

3.3. Agências brasileiras..... 33

3.3.1. Funções institucionais..... 34

3.3.2. Características..... 35

3.3.2.1. Forma autárquica..... 35

3.3.2.2. Independência..... 36

3.3.2.3. Especialização técnica..... 38

3.4. Função normativa das agências reguladoras: legalidade e legitimidade..... 39

3.4.1. A legalidade segundo a doutrina brasileira..... 41

3.4.1.2. Delegação legislativa..... 41

3.4.1.3. Competência regulamentar..... 43

3.4.2. Legitimidade democrática..... 44

CAPÍTULO 4 - CONTROLE INTERNA CORPORIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS..... 48

4.1. Justificativas..... 48

4.2. O suprimento do déficit democrático..... 49

4.3. O controle “interna corporis”..... 51

4.3.1. Controle ´interna corporis”, devido processo legal e participação popular..... 52

4.4. Participação direta nos procedimentos normativos..... 54

4.4.1. Consultas públicas..... 54

4.4.2. Audiências públicas..... 55

4.4.3. Plebiscito e referendo administrativos..... 56

4.5. Participação popular indireta..... 57

4.5.1. Denúncia..... 57

4.5.2. Ouvidoria..... 58

4.5.3. Conselho consultivo..... 59

4.5.4. Comitê estratégico..... 59

4.6. Participação popular e paralisia decisória (?)..... 60

CAPÍTULO 5 - CONTROLES EXTERNOS..... 61

5.1. Introdução..... 61

5.2. Dois juízos necessários..... 62

5.2.1. Juízo de constitucionalidade..... 62

5.2.2. Juízo de racionalidade material..... 62

5.3. O controle pelo Executivo..... 63

5.4. O controle pelo Legislativo..... 64

5.5. O controle pelo Poder Judiciário..... 65

5.5.1. Judiciário e democracia..... 65

5.5.2. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional..... 68

5.5.3. Controle jurisdicional dos atos administrativos..... 68

5.5.3.1. Estrutura dos atos administrativos..... 70

5.5.4. Controle de constitucionalidade..... 72

5.5.4.1. Controle de inconstitucionalidade por ação..... 74

5.5.4.2. Controle de inconstitucionalidade por omissão..... 76

5.5.5. Ação popular..... 77

5.5.6. Ações coletivas..... 78

CAPÍTULO 6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 81

6.1. Introdução..... 81

6.2. Atores..... 81

6.3. (In) Efetividade da participação nas consultas públicas..... 82

6.4. Caráter vinculante da participação..... 83

6.5. Por uma nova postura do Poder Judiciário..... 84

6.6. Flexibilização do princípio da legalidade e risco autoritarismo..... 86

CONCLUSÃO..... 87

BIBLIOGRAFIA..... 90

INTRODUÇÃO

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.

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, conclui-se que 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 seis capítulos, além desta introdução, da conclusão e das referências bibliográficas.

Os dois primeiros capítulos fornecem bases 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. Em seguida, são identificados os três princípios que sofrem maior impacto em vista das mudanças verificadas com a reforma do Estado brasileiro na década de 90, cuja cognição é pressuposto para a

compreensão das agências reguladoras, e expostos os princípios e objetivos que orientam a nova intervenção na economia.

O terceiro 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 quarto 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 quinto 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.

O sexto capítulo salienta aspectos críticos da regulação por meio das agências. Finalmente, são apresentadas no capítulo as conclusões obtidas como resultado da pesquisa.

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[1] 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.[2] 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

[1] O presente trabalho não comporta uma discussão mais aprofundada acerca da noção de serviço público. Por isso, importa apenas fixar que dentre seus traços mais genéricos destaca-se o fato de ser uma atividade econômica, essencial à satisfação de necessidades sociais, submetidas a regime prevalentemente de direito público.

[2] A expressão "serviço público" aparece pela primeira vez na obra de Jean Jacques ROUSSEAU. Seu emprego apresenta cunho marcadamente político, representando a atividade destinada ao atendimento de uma necessidade coletiva através de uma prestação estatal. Até a Revolução Francesa, eram funções desempenhadas pelos intermediários e, a partir de então, ganha corpo a concepção de existência de uma cisão entre estado e sociedade.

isolado, passou a demandar uma administração pública cada vez mais presente e particularizada.

Além disso, contribuíram as inúmeras transformações ocasionadas pela Revolução Industrial. Segundo Fábio Konder COMPARATO

"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."[3]

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.[4]

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

[3] Fábio Konder COMPARATO. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in *rvista dos Tribunais*, ano 86, vol. 737, março de 1997, p. 16.
[4] Claus OFFE responde que a coexistência ou mesmo a cooperação entre democracia e capitalismo é sustentada por dois pilares essenciais: a competição entre partidos políticos de massa e o Welfare State Keynesiano.

as classes deveriam tomar em consideração os interesses da outra.[5] 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.[6] 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

[5] *A democracia partidária competitiva e o "Welfare State" Keynesiano: fatores de estabilidade e organização*. In *Biblioteca Tempo Universitário*, nº 79. Tradução de Barbara Freitag, p. 358.

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 publicização 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.[7] 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.[8] 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. Constata-se que, sob o aspecto econômico, a década foi verdadeiramente desastrosa. Ao

---

[6] Boaventura de Sousa SANTOS, *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade,* 3ª edição, São Paulo, Cortez, 1997, p. 249.

[7]Maria Paulo Dallari BUCCI. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo, 2000, p. 9.

[8] Boaventura de Sousa SANTOS. *Op. cit.,* p. 214.

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 estava apto a solucionar eram os únicos suscitáveis em uma economia de mercado. Some-se a isso o endividamento estatal, a ineficiência na prestação de serviços e a burocratização que travara a Administração. Tamanha 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 publico e os particulares Têm início processos de privatização[9], 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

[9] Não se pode atribuir as privatizações apenas a uma necessidade da administração,mignorando-se seu caráter ideológicoração noeliberal destas mudanças.

globaização.[10] 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 Stata* também não seria possível. Restou à última década do século a tarefa de reconstruir o estado, sem abrir mão dos progressos obtidos até então.

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[11]. A internacionalização dos fluxos financeiros, a inserção dos países periféricos na economia global, a expansão tecnológica e o aprimoramento dos meios de comunicação obraram 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.[12]

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.[13] 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

[10]Boaventura de Sousa SANTOS. Op. cit., pp. 17-18.
[11] José Eduardo FARIA. *Regulação, direito e democracia*, São Paulo, Perseu Abramo, 2002, p. 7.
[12] 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.)
[13]José Eduardo FARIA. *Regulação...*, op. cit., p. 8.

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 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, expostas por Bresser Pereira.

Orientada pelo fim imediato de realizar o ajuste fiscal nos termos ajustados com o Fundo Monetário Internacional[14], 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.

[14] Lucia Valle FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 137-8.

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.[15] 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 as os diversos interesses envolvidos, havendo referência meramente lacônica à participação popular no discurso de Luiz Carlos BRESSER PEREIRA.[16]

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.

[15] Através das privatizações objetivou-se pôr fim à concentração de poder existente nas empresas estatais e à ausência de transparência em sua atuação.
[16] *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, in *Lua Nova*, 45-98, pp. 49-95.

CAPÍTULO 2

REVISÃO DOS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A AFIRMAÇÃO DOS PARADIGMAS REGULATÓRIOS

2.1. Introdução

Antes de dar início ao estudo das agências reguladoras, deve-se proceder a uma análise dos paradigmas do Estado que são questionados e revistos na nova ordem de organização do poder, como descrito no capítulo anterior. A partir daí, torna-se mais compreensível toda a polêmica envolvendo os institutos administrativos em estudo, e pode-se avançar na compreensão de um Estado Regulador.

Os aspectos que causam maior espanto àquele que busca compreender a regulação utilizando conceitos clássicos e que, conseqüentemente, originam a maioria das divergência sobre o tema atinam a três princípios basilares do Estado Democrático de Direito, a saber: a) princípio da separação de poderes; b) princípio democrático e; c) princípio da legalidade.

De fato, as mudanças descritas anteriormente criaram uma dinâmica da atividade estatal que não se ajusta mais aos paradigmas clássicos do Estado Democrático de Direito. Até mesmo a opção entre utilizar ou não estes axiomas é tormentosa. Ao mesmo tempo emergem novos princípios e objetivos que passam a orientar a Administração Pública em um cenário de regulação econômica e em nome dos quais tantas mudanças vem sendo realizadas.

Neste capítulo serão expostos de forma sucinta os paradigmas clássicos e a leitura que se considera adequada ao presente momento histórico. Em seguida será feita uma exposição sobre a regulação, destacando-se seus princípios e objetivos.

2.2. Separação de poderes

A regulação econômica, tendo o instrumento normativo como principal meio de atuação, faz com que fervorosas críticas lhe sejam dirigidas. Isso porque a crescente especialização das matérias a serem disciplinadas não pode ser suficientemente tratada através das fórmulas de atuação concebidas para situações de baixo intervencionismo estatal, típicas do Estado liberal. Neste modelo, o exercício de funções executivas compete ao Executivo e as legiferantes ao Legislativo. Já em um contexto regulatório são criadas instâncias normativas no interior do Poder Executivo – as agências reguladoras – o que entra em conflito com a tripartição de poderes.

O surgimento destas entidades na organização do Estado teve início ainda durante o período de *Welfare State*, no qual se necessitava de uma contínua elaboração de normas para atender a todas as demandas apresentadas. Desde então, o Poder Executivo vem exercendo funções normativas.[17] Com isso o monopólio da produção normativa pelo Poder Legislativo é rompido, inaugurando um processo de "administrativização" do poder estatal. Poderes Legislativo e Executivo passam a compartilhar esta tarefa, em um fenômeno denominado por Sabino CASSESE "dualização do poder normativo".[18]

Duas teses diferentes explicam a atribuição de funções normativas aos entes reguladores. Uma delas, preconizada por Eros GRAU[19], propõe uma leitura da obra de MONTESQUIEU que torne sua clássica tripartição de poderes compatível com a organização estatal hodierna. A outra reconhece a atribuição do poder normativo às agências reguladoras com base na alteração da estrutura social, que torna necessária a formação de entes incumbidos de elaborar normas jurídicas referentes a sua seara de especialização, o que ocorre em espaços que não os do Legislativo.

---

[17] A partir do trabalho de Maria Paula Dallari BUCCI sobre políticas públicas, é possível ainda compreender de que maneira a regulação econômica interfere na separação de poderes. A noção de política pública exprime uma diretriz geral para a ação de indivíduos, organizações e do próprio Estado. Constitui um instrumento de ação dos governos, representando um aprimoramento em relação à idéia de lei em sentido formal. Em suas linhas gerais, são opções políticas dos representantes do povo para execução pelo Poder Executivo. Todavia, sua concretização demanda a permanência da atividade "formadora" do direito nas mãos deste poder, o que implica em uma realocação de funções dentro de cada um dos poderes do Estado. A citada autora apresenta uma explicação clara que permite compreender o papel do Poder Executivo em um Estado Regulador, a qual se transcreve a seguir:*"... Como programas de ação, ou mesmo programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo, por iniciativa sua, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo." (Op. cit*. p. 241 e 261)

[18] *La crisi dello Stata*, Baro Laterza, 2001, p. 24.

[19] *O direito posto.e o direito pressuposto*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 171.

No primeiro caso, analisando os ensinamentos de MONTESQUIEU, Eros GRAU critica o dogma da separação de poderes, salientando que nem mesmo o pensador genebrino concebera uma efetiva separação de poderes, mas sim uma distinção entre eles, voltada ao equilíbrio do exercício das funções estatais. Estas funções seriam atribuídas a cada um dos poderes por critérios outros que não o institucional. Assim, o Poder Executivo seria exercido sobre situações momentâneas, atendendo à necessidade da tomada de decisões de modo célere[20], a que GRAU denomina *capacidade normativa de conjuntura*[21]. Em contrapartida, o Poder Legislativo seria exercido sobre situações estáveis.

No segundo caso, admite-se a insuficiência da tripartição de poderes, pelo fato de a estrutura de ordenamento monocêntrico ter se revelado insuficiente para atender às pautas normativas. Deste modo, a especialização setorial seria a causa do exercício de função normativa pelo Poder Executivo. De fato, a justificativa para a multiplicação de centros normativos é essa. Todavia não se pode ignorar que não há nessa afirmação qualquer argumento jurídico, de modo que o choque entre a realidade e a teorias não seria resolvido. Portanto, a primeira tese proposta parece mais adequada a um estudo jurídico.

Qualquer que seja a posição adotada, importa frisar a tripartição de poderes, segundo o critério institucional (não material), com monopólio de funções normativas pelo Poder Legislativo, somente se ajusta a contextos de baixo intervencionismo estatal. Mesmo assim, muitos juristas rechaçam a constitucionalidade das normas do Poder Executivo, recusando-se a aceitar uma organização estatal na qual sejam atribuídas funções variadas a cada um dos poderes.[22] Isso ocorre porque, embora a falibilidade dessa tripartição seja de longa data conhecida, existe uma grande dificuldade em

---

[20] MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, Coleção Os Pensadores, vol. XXI, tradução Fernando Henrique Cardoso Leôncio Martins Rodrigues, São Paulo, Victor Civita, 1973, p. 160.
[21] *O direito posto*... op. cit. p. 171.
[22] Conforme descreve José Eduardo FARIA *"(...) os mecanismos destinados a impedir a centralização do poder tornam-se anacrônicos, passando o Executivo a incrementar a competência e o volume de sua ação legislativa, bem como a avocar papéis formalmente destinados pelos paradigmas liberais aos demais poderes. Por trás do formalismo dos sistemas legais vão surgindo mecanismos formais de institucionalização de procedimentos definidos a partir da negociação de interesses conflitantes dos segmentos tecnocráticos com as classes dominantes, configurando novas estruturas de poder. Com isto, o problema do equilíbrio político de um Executivo que, para exercer suas funções, é obrigado a ampliar sua complexidade interna, mantendo-se a divisão de poderes apenas como uma fachada formal e com a finalidade de geração de lealdade, organização do consenso e redução de estabilidades. "Eficácia jurídica e violência simbólica – o direito como instrumento de transformação social*, São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, *1988,* p. 57.

afrontá-la, em razão da força com que se liga à idéia de democracia. Esse temor, aliado à ausência de um modelo que substitua a formulação institucional de MONTESQUIEU e, ao menos no plano retórico, assegure a liberdade e a democracia, faz com que se busquem meios de aumentar a eficiência do Estado conservando a aparência da separação de poderes.[23]

Ora, insistir na manutenção da tripartição rígida, sem manter seu real funcionamento, leva à ignorância do que ocorre para além dela; dificulta a identificação de abusos, que podem ser acobertados pela tripartição. Destarte, o reconhecimento das limitações do modelo clássico é importantíssimo para que se tome consciência da necessidade de reflexão, ao menos no plano teórico, acerca de novas maneiras de reorganizar o Estado, conciliando a necessidade de eficiência e dinamismo com o respeito aos direitos fundamentais e a preservação da democracia.

2.3.Princípio democrático

A democracia liberal restringiu a política às eleições e excluiu-a dos demais centros de decisão política. Da mesma forma, a postura tecnicista adotada pela ciência política reduziu a democracia a um conjunto de instituições capazes de estabelecer um equilíbrio possível no seio do Estado, deixando de questionar os valores fundamentais do regime democrático, fazendo com que a participação política se isolasse de seu conteúdo concreto e dos muitos modos pelos quais pode se realizar.

Assim, o princípio democrático reduzido ao instituto da representação política, ao restringir a participação ao voto periódico passou a ser criticado tanto em razão do binômio "sim/não" contido nas decisões por maioria, quanto pelo significado da passagem das funções executivas e legislativas da massa dos súditos a determinados grupos ou indivíduos, fazendo com que a vontade de liberdade política ou a autodeterminação se restringisse à designação de órgãos especializados pelos súditos. O caráter ideológico deste processo é ressaltado por Hans KELSEN na passagem em que o jurista afirma que:

[23] *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995., p. 221.

"Este traspaso de funciones y poderes del pueblo a ciertos órganos, va siempre disimulado en la ideologia democrática por el principio de la representación: se dice que el órgano es la voluntad del pueblo, y así se da lugar a la ficción de que el pueblo se reserva la función que por naturaleza le corresponde, no obstante haberla traspasado a sus órganos."[24]

Para contornar as deficiências apontadas, novas articulações começam a se formar, não apenas no espaço das relações políticas, em sentido estrito, mas também na esfera das relações sociais, na qual o indivíduo é considerado na variedade de papéis que desempenha. Eis aqui um alargamento da arena considerada "política" e de sua ocupação por novos agentes, o que acaba por renovar a teoria democrática.

Nesse momento as teorias democráticas também tornam-se objeto de revisões, como ressaltado na lição de Boaventura de Sousa SANTOS transcrita a seguir:

"A renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao acto de votar. Implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa. Para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo político seja radicalmente redefinido e ampliado."[25]

Como se vê, a democracia representativa não significa um mal em si. O problema consiste em restringir democracia à democracia representativa, o que é claramente insuficiente. Reconhecer as limitações deste último instituto é um passo importante para refletir sobre os meios para seu aperfeiçoamento. Rapidamente, conclui-se que democracia consiste em participação e influência em todos os centros de poder, influência essa que não está atrelada única e exclusivamente à participação pela via do voto e das eleições.

Entre estes instrumentos de participação deve ser destacada a participação na administração pública, detentora de um número de atribuições cada vez maior. A ampliação do número de instâncias, na qual é franquiado ao cidadão o direito de participar, deve ser buscada para a concretização do ideal democrático. É com esta preocupação que o presente trabalho se desenvolverá.

---

[24] *Teoria general del Estado*. Tradução de Luiz Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934, p. 435.

2.4. Princípio da legalidade

Conforme a positivação de direitos fundamentais veio garantir de respeito aos mesmos e limitar a ação do Estado, o princípio da legalidade tornou-se basilar no Estado Democrático de Direito. Nessa construção, o Direito passou a ser fruto de uma vontade geral, expressa por meio de lei criada pelo Parlamento, em substituição à vontade do rei. Este princípio condensa os princípios da separação de poderes, com primazia do Legislativo, e o da legitimação democrática, na medida em que o poder legítimo passa a ser aquele resultante da vontade geral do povo, manifesto na escolha dos responsáveis pela elaboração das leis. Não se trata de qualquer legalidade, mas sim da resultante do debate democrático, expressão de uma "vontade geral".

Ocorre que, em face das mudanças anteriormente descritas, a relação entre democracia, poder legislativo e legalidade deixa de ser tão simples. A hipertrofia do Poder Executivo entra em conflito com a submissão à lei, entendida em sua perspectiva formal. Isso gera um impasse, qual seja, o de emperrar a atividade estatal, comprometendo seus fins.

Torna-se então necessário refletir sobre o conteúdo do princípio da legalidade, substituindo a noção de Estado de Direito formal - ligada ao princípio da legalidade formal - pela de Estado de Direito material, sustentado sobre uma ordem jurídica legítima.[26] Enquanto a primeira obsta a distribuição de competências entre os órgãos do Estado, a segunda estabelece que as normas, qualquer que seja sua procedência, devem constituir meio de realização da democracia. Neste caso, apenas determinadas matérias devem se submeter à lei formal, por conseguinte, de competência absoluta do Poder Legislativo.[27]

Enfrentando este tema, Eros GRAU[28] apresenta uma explicação bastante elucidativa. Deixando de lado a classificação orgânica ou institucional - que divide as funções em legislativa, executiva e jurisdicional e, em seguida, atribui seu exercício a

---

[25] *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 1997. pp. 270-271

[26] *O direito posto...*, op. Cit., p. 131.

[27] José Afonso da SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 16ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 421-423.

[28] Op. cit., pp. 179-181

cada um dos três poderes - o jurista classifica as funções estatais por meio do critério material, que as divide em função normativa, administrativa e jurisdicional. A função normativa, de maior interesse para este trabalho, seria classificada em legislativa, regulamentar ou regimental, a depender do poder que a exercesse, com prevalência sobre os demais (legislativo, executivo ou judiciário, respectivamente).

O exercício da função normativa pelo executivo não representaria uma delegação de função legislativa, mas sim o exercício da função regulamentar que lhe é inerente. Neste passo, a manutenção do princípio da legalidade (não da reserva de lei formal) passa a se fundamentar na necessidade de equilíbrio entre poderes e de um mínimo de segurança nas relações jurídicas, não a uma efetiva (e artificial) separação de poderes.

Especificamente no que concerne ao princípio da legalidade aplicado à atividade administrativa - na qual somente se pode fazer o que lei expressamente prevê - deve ser adotado o mesmo raciocínio. Ou seja: a Administração Pública deve estar vinculada às normas jurídicas, não necessariamente à lei formal.

Da conjugação destes princípios conclui-se que o respeito a direitos e garantias fundamentais - preocupação que orientou a emergência dos três princípios abordados - permanece presente. Todavia seus instrumentos não podem ser empregados a contento, carecendo de uma reformulação. Nesta reformulação, deve-se atentar para a construção de modelos jurídicos que permitam o controle das novas atividades estatais, notadamente as de cunho regulatório. Ou seja, havendo meios pelos quais os cidadãos possam fiscalizar e interferir nas decisões estatais haverá controle e, portanto, não colocará em risco o Estado Democrático de Direito.

2.5. Regulação: princípios e objetivos

No ambiente de mutações e alterações políticas e econômicas descritas anteriormente surge a regulação como nova forma de intervenção do estado na atividade econômica. Por regulação, entende-se *toda forma de organização da atividade*

econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviços públicos ou o exercício do poder de polícia.[29]

Alguns teóricos deste processo, compreendem a regulação como um meio de retorno ao velho Estado liberal, marcado pela omissão em relação à vida econômica. Outros, enxergam nisso a manutenção do intervencionismo. A primeira posição encontra-se equivocada, pois já restaram demonstrados os efeitos danosos da ausência de qualquer direcionamento da atividade privada. A segunda encontra-se correta na medida em que reconhece que algumas conquistas do modelo de bem-estar não podem ser deixadas de lado, uma vez que se referem a direitos e garantias fundamentais à dignidade humana. Porém, deve ser vista com reservas, pois não mais se admite que a presença estatal retire dos particulares de atividades que estes poderiam desenvolver, obtendo resultados equivalentes ou melhores do que o Estado lograria.

2.5.1. Princípios da regulação

2.5.1.1. Princípio democrático, democracia política e democracia econômica

Afirmar que o princípio democrático deve nortear a atividade regulatória chega a ser redundante, uma vez que o mesmo deve ser aplicado a toda a atividade estatal. O que se busca salientar é que a regulação deve privilegiar aquilo que se pode denominar "democracia econômica", conforme referido por Calixto SALOMÃO FILHO[30]. Esta democracia econômica consiste no fim da exclusão de determinados agentes do processo econômico, dando voz aos agentes econômicos para que manifestem suas preferências e para que estas possam ser transmitidos à Administração. A instituição da concorrência em segmentos até então monopolizados contribui para a difusão do conhecimento econômico no mercado, gerando igualdade de acesso às informações. A descoberta de preferências tem especial relevância pelo fato de que em países periféricos, não raro, estas são impostas.

A democracia econômica não caminha juntamente com a democracia política. Basta recordar a crescente incapacidade do Estado para fazer valer no domínio

[29] Calixto SALOMÃO FILHO. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos*. São Paulo, Malheiros, 2001. p. 15.
[30] *Regulação e desenvolvimento,* in *Regulação e deenvolvimento*, op. cit., pp. 29-63.

econômico as preferências dos eleitores e ausência de sincronia no ritmo que cada uma das espécies democráticas segue. Assim, os "eleitores" necessitam de acesso direto ao campo econômico. Compete ao Estado agir, não para transmitir ao mercado as preferências dos eleitores, mas para criar canais em que os eleitores possam se manifestar acerca do e para o mercado.

Concretizados estes dois princípios (democracia econômica e democracia política), torna-se possível descobrir preferências e valores da sociedade, bem como viabilizar sua transformação.

2.5.1.2. Cooperação

O segundo norteador da regulação econômica vem sendo explorado recentemente por juristas de diversas áreas. Trata-se de princípio referente à organização da atividade econômica em torno de interesses e objetivos semelhantes. Não se confunde com a cooperação ilícita, consistente na formação de grupos dotados de grande poder econômico. Uma vez que a cooperação não emerge no mercado, compete ao direito a criação de instituições democráticas e suficientemente permeáveis para captar as necessidades de cada grupo que atua na economia. Deve-se procurar com isso a criação de mecanismos que façam diminuir a competição, a rivalidade e o comportamento egoístico entre estes agentes.

2.5.1.3. Interesse público

A definição dos fins da ação pública passa pela identificação do interesse público. Este interesse, geralmente, vem imerso numa política pública maior, destinada a cada setor.

O primeiro e fundamental interesse que deve nortear a atividade de um agente público é o interesse público, que cada vez mais ocupa papel de destaque no direito não privado, estabelecendo os limites, instrumentos e fundamentos do poder.[31] Embora

[31] Marie Pauline DESWARTE. *Intérêt Génerale, Bien Commun*, in *Revue du Droit Public et la Science Politique*, Paris, setembro-outubro de 1988. pp. 1309-1311, *apud* Floriano Peixoto de Azevedo

empregado freqüentemente com sentido de interesse coletivo ou bem comum, a expressão "interesse público" possui um significado mais amplo, pois, ao invés de ser equivalente às referidas expressões, é um elemento situado na raiz de todas elas.

Acerca da supremacia do interesse público sobre o privado ensina Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO que se trata de um verdadeiro axioma reconhecível na moderna doutrina publicista. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição até mesmo da sobrevivência em sociedade do indivíduo. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos, e cada um, possam sentir-se garantidos e resguardados.[32] E, adiante, complementa:

"O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito, inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (artigo 170, incisos IV, V e VI) ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social." [33]

Por força de sua importância e das múltiplas possibilidades de utilização, não se pode falar de uma definição universalmente válida de interesse público. A verificação deste não é feita aprioristicamente, mas sim em cada situação.[34]

2.5.1.4. Princípio da proteção ao consumidor

MARQUES NETO, *A Republicização do Estado e os interesses públicos*. Tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Dalmo de Abreu Dallari, 1999.

[32] *Curso de direito administrativo*, 12ª edição, 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 27.

[33] Idem, idibem, p. 53.

[34] Dalmo de Abreu DALLARI *Interesse público na contratação das entidades da Administração Descentralizada,* in *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem*, nº 126, janeiro-março, 1987. pp. 9-15.

A proteção ao consumidor é outro princípio orientador da atividade regulatória. No direito brasileiro, tal princípio é assegurado em sede constitucional, entre os direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXII) e sua defesa se encontra entre os princípios da ordem econômica (CF. art. 170, V). A defesa do consumidor, reconhecida como direito fundamental pode ser exlicada pelo fato de que em uma economia de mercado, o acesso ao consumo relaciona-se diretamente à dignidade humana e ao exercício de direitos subjetivos ligados. Destarte, não se pode conceber uma política regulatória que não seja voltada à proteção dos consumidores e à inserção na economia de segmentos excluídos das relações de consumo por falta de recursos.

2.5.1.5. Eficiência

A busca da eficiência constitui um valor próprio das teorias econômicas que, cada vez mais, vem integrar o pensamento jurídico, notadamente no que concerne à racionalização da atividade econômica. Durante a década de 30, teve espaço a busca da eficiência estática, ou seja, maior ocupação possível da capacidade do sistema produtivo. Posteriormente, ganha espaço a idéia de eficiência alocativa, ou seja, aquela que privilegia o emprego de recursos econômicos nas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.[35]

Uma vez que nenhuma das duas mencionadas noções de eficiência se relacionam com a distribuição de riquezas e renda na sociedade, há que se ter cautela no desenvolvimento de uma regulação que apenas privilegie o aumento da eficiência, sem considerar os objetivos macroeconômicos da atividade regulatória. Este cuidado é consagrado no ordenamento brasileiro, que privilegia o princípio redistributivo, ou seja, a repartição dos rendimentos entre os agentes econômicos que detêm poder de mercado e os consumidores (Lei 8884/94, art. 54, § 1º, inciso II).[36]

2.5.2. Objetivos da regulação

[35] Calixto SALOMÃO FILHO. *Análise jurídica do poder econômico nos mercados – uma perspectiva estrutural*, tese à livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, pp. 127-128.
[36] Idem, ibidem, p. 132.

2.5.2.1. Busca da igualdade social

A busca da igualdade social surge quando o Estado assume a função de provedor de condições materiais mínimas e permanece até hoje. Esse objetivo orienta toda a atividade do Poder Público no Estado Democrático de Direito, até porque uma verdadeira democracia passa pela garantia de igualdade material. Ora, a atividade pública deve ser orientada para as finalidades coletivas e dos poderes públicos cobra-se a construção de um patamar mínimo de igualdade entre todos os cidadãos.

A função planejadora requer que a organização de tais poderes e a direção da atividade econômica se volte à criação desse patamar mínimo de igualdade, a partir do qual seja possível a cada cidadão ou a cada grupo perseguir seus próprios objetivos.

Desse modo, também a função redistributiva da regulação deve ser observada e implementada através de mecanismos consentâneos com a realidade brasileira, marcada pela desigualdade, na busca de isonomia de condições e oportunidades.

2.5.2.2. Desenvolvimento

Toda a atuação do Estado sobre a economia deve ser pautada pela busca do desenvolvimento econômico, isto é, pela busca de oferta permanente de bens e serviços a ser usufruído por uma comunidade, em quantidade proporcionalmente superior a seu incremento demográfico[37] e com garantia de pleno emprego. Mais do que crescimento, há aqui uma preocupação com um salto qualitativo, ou seja, promoção de justiça social. Isso encontra guarida no texto constitucional brasileiro, sendo possível afirmar que nenhum projeto de regulação no Brasil pode prescindir de uma política voltada ao desenvolvimento, o que se estende à regulação setorial.[38]

Trata-se de um processo diverso do crescimento econômico na medida em que este se caracteriza pelo simples aumento da disponibilidade de bens e serviços, sem que haja qualquer mudança estrutural e qualitativa da economia em questão.39

[37] Fábio NUSDEO. *Desenvolvimento econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas*, in *Regulação e desenvolvimento*, coordenador Calixto Salomão Filho, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 15.
[38] Sérgio Varella BRUNA. *Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico*, in *Regulação e Desenvolvimento*, op. cit., p. 234.
[39] Fábio NUSDEO. op. cit., pp. 17-18.

Sob o aspecto qualitativo, um dos mais importantes aspectos diz com a definição dos valores que norteiam os processos desenvolvimentistas, dentre os quais se destacam o princípio redistributivo, o princípio cooperativo e a busca de diluição dos centros de poder por toda a sociedade.

CAPÍTULO 3

AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

3.1. Introdução

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.[40] 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.[41]

---

[40] Dalmo de Abreu DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 91.

[41] Carlos Ari SUNDFELD. *Introdução às agências reguladoras*, in *Direito Administrativo Econômico*, organizador Carlos Ari Sundfeld, São Paulo, SBDP-Malheiros, 2000, p. 18.

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-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*[42] 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.

3.2. O paradigma norte-americano

A introdução das agências reguladoras no Brasil foi inspirada no direito anglo-saxão, notadamente norte-americano, de onde provém, inclusive, o termo *"regulatory agencies"*.

Embora a primeira agência reguladora tenho sido criada na Inglaterra, em 1834, o desenvolvimento contínuo da regulação setorial ocorreu nos Estados Unidos, desde

[42] Marcus André MELO. *A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação*, in *Revista brasileira de Ciências Sociais*, jun. 2001, vol. 16, n. 46, pp. 56-68. ISSN 0102-6909.

1887, ano de surgimento da Interstate Commerce Comission, órgão destinado a regular o transporte ferroviário interestadual.

Na década de 30, com o *New Deal*, a regulação econômica por intermédio das agências ganha impulso. A implementação de políticas públicas de bem estar e a racionalização de setores sensíveis da economia abriu espaços de ação do Poder Executivo, carecedores de grande especialização. A ampliação do direito administrativo para atender às novas demandas traduziu-se na criação destas autoridades e na delegação de largas parcelas de competência regulatória a estes órgãos, para que pudessem definir o modo de intervir na ordem econômica e social[43]. [44]

Em 1932 foi criado o veto legislativo, por meio do qual, a entrada em vigor de um regulamento fica condicionada à sua revisão e aprovação pelo Congresso.

Dando continuidade à disciplina das agências, o *Administrative Procedure Act*, em 1946, veio uniformizar o tratamento a elas dispensado, principiando por defini-la como qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais. Além disso, foram instituídos procedimentos de *rulemaking* (edição de normas gerais) e *adjudication* (prática de atos individuais)[45].

Posteriormente, este diploma foi alterado pelo *Negotiated Rulemaking Act*, de 1990, o qual conferiu a todos os afetados pela regulação o direito de participar da elaboração do procedimento regulatório. Isso tornou os procedimentos menos rígidos e litigiosos, ao mesmo tempo em que as decisões passam a ser tomadas após o debate

[43] A expressão *ordem econômica e social* pode ser substituída por *ordem econômica* ou por *ordem social*, sendo desnecessário empregar os dois substantivos, uma vez que ambos não se dissociam, senão por um artificialismo liberal.

[44] As dúvidas sobre a delegação de poderes nunca foram tratadas de modo linear. A independência e a imparcialidade destes órgãos foi posta questionada em diversas ocasiões. Assim, em 1825, o Juiz Marshall pronunciou-se pela possibilidade de delegação legislativa, desde que estas não se sobrepusessem às funções do poder legislativo (as quais passaram a ser objeto de questionamento). Posteriormente, uma decisão contrária a este entendimento seria proferida. De todo modo, o congresso continuou delegando funções legislativas às agências, levando a Suprema Corte a aceitar a delegação, não por seus fundamentos jurídicos, mas antes pela sua necessidade e inevitabilidade.(Maria Paula Dallari BUCCI. *Direito Administrativo e políticas públicas*. Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo, 2000, p. 72)

[45] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 1999, p. 136.

entre todos os interesses afetados, que se tenham feito representar. Fala-se aqui de uma "privatização" da intervenção administrativa.[46]

A partir do Governo Reagan, a competência regulatória das agências é reduzida, iniciando-se o processo de desregulação.

Apesar de todas as alterações, a função dessas agências não mudou muito. Permanecem como unidade básica do direito administrativo norte-americamo, a ponto de se afirmar que este se resume ao "direito das agências", às quais se atribuem funções quase-legislativas - através de delegação legislativa - e quase-judiciais.[47] Atualmente, as agências só exercem função reguladora se expressamente delegada pelo legislativo, através de leis que estabeleçam padrões para sua atuação, com a fixação de diretrizes e princípios a serem seguidos.

Por força de sua influência na reforma administrativa ocorrida no Brasil, é imprescindível atentar para alguns aspectos deste sistema, sobretudo para evitar a repetição das falhas que distorceram as funções das agências norte-americanas. Isso adquire particular importância pelo fato de que as agências brasileiras se inspiraram no modelo vigente na década de 60, anterior à inserção de mecanismos de controle dos processos decisórios.

O principal alerta corresponde à denominada "captura", processo pelo qual grupos atuantes em um dado setor regulado atingiram tamanha influência junto aos órgãos e agentes responsáveis pela regulação que estes passaram a agir no interesse dos primeiros, deixando de lado a proteção à finalidade social da regulação.

Este acontecimento levou à reconsideração da crença na neutralidade política desta agências. A reação traduziu-se na ampliação do controle de seus atos pelo Judiciário, abrangendo regras referentes à obediência aos procedimentos e ao conteúdo das decisões, à luz dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Atualmente, a jurisprudência norte-americana parece consolidada no sentido de admitir uma verificação híbrida da atividade regulamentar, compreendendo o exame da razoabilidade dos atos normativos (aspecto material) e da observância às garantias

[46]Idem, ibidem, p. 139.
[47] Lucia Valle FIGUEIREDO. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, p. 139.

processuais (aspecto processual). [48] Além disso, a atuação do Poder Legislativo é significativa pois, a atividade das agências depende de expressa delegação legislativa, com delimitação de padrões de atuação, fixação de diretrizes e princípios. É também ao Legislativo que estes órgãos prestam contas de sua administração.

Feita essa descrição, deve-se deixar consignado que qualquer comparação entre o direito norte-americano e o brasileiro deve ser feita com cautela. Ignorar diferenças entre ambos, como vem ocorrendo, significa desconsiderar as diferenças entre o modelo jurídico anglo-saxão e o romano-germânico. Como conseqüência tem-se a adoção de fragmentos de cada um deles, sem a observância da lógica que orienta um e outro.[49]

3.3. Agências brasileiras

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

Por meio das Emendas à Constituição de número 8 e 9 de 1995, previu-se a criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações (CF, art. 21, XI) e outro para o setor de petróleo (CF, art. 177, § 2º, III), o que foi implementado pelas leis 9472/97 (conhecida por Lei Geral de Telecomunicações – LGT) e 9478/97, as quais instituíram a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo - ANP, respectivamente. Porém, a primeira agência reguladora brasileira tem origem infraconstitucional. Trata-se da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei 9427/96.

A partir daí diversos órgãos de mesma natureza foram instituídos por normas infraconstitucionais. Assim, o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, originada pela Medida Provisória 1791/98 e convertida na Lei 9782/99, voltada ao controle de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Em 2000, a Lei 9961 instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e a 9984, a

[48] Sérgio Varella BRUNA. *Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico*, in *Regulação e Desenvolvimento*, coordenador Calixto Salomão Filho, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 244-254.
[49] Maria Paula Dallari BUCCI, op. cit., p. 83.

Agência Nacional de Águas – ANA, destinada a implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos e coordenar o Sistema Nacional de Geranciamento de Recursos Hídricos. No ano seguinte a Lei 10.233 criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquáticos – ANTAQ.

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.

3.3.1. 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, [50] 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.

3.3.2. Características

3.3.2.1. 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.[51]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 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, sustentando 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

[50] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. Op. Cit., p. 132.
[51]Carlos Ari SUNDFELD. Op. Cit. p. 27.

alteração de orientações entre governos diferentes, obtida pela temporariedade de mandatos, levando o autor a afirmar uma fraude contra o próprio povo. [52]

Seguindo o mesmo entendimento, Eros GRAU afirma 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[53].

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.

3.3.2.2. Independência

[52] *Curso de direito administrativo*, 12ª edição, 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 139-141.
[53] *As agências, essas repartições públicas*, in *Regulação e desenvolvimento*, coordenador Calixto Salomão Filho, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 27-28.

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 a proposta de isolamento. Há nessa garantia um bom exemplo da tentativa de se criar nas agências uma esfera decisória imune à intervenção do governo.[54]

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".[55]

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO alerta para o relativismo da proclamada independência[56], 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.[57]

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.

[54]Sabino CASSESE. *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2001, p. 24.
[55]Carlos Ari SUNDFELD. Op. Cit., p. 24.
[56] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Op. Cit.*, p. 131-132.
[57] Este sistema se opõe ao sistema adotado na França, que adota a dualidade de jurisdição, deixando à jurisdição administrativa competência para conhecer de conflitos

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, discutível à luz da crítica de Eros GRAU acima exposta, 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.[58]

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.

3.3.2.3. 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. [59]

[58] Carlos Ari SUNDFELD. Op. Cit, p.24

[59] 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. (Leila CUÉLLAR. *As agencias reguladoras e seu poder normativo*, São Paulo, Dialética, 2001, pp. 85-87.

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 controvertido 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 *standards* contidos em lei.

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 estatuições gerais e abstratas.

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.

3.4. 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 suscita, visto que põe 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.[60]

Duas observações interessantes para a explicação deste fenômeno devem ser mencionadas. A primeira, apresentada por Eros GRAU, 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.[61] Admitindo-se que ao Poder Legislativo compete a regulamentação de situações estáveis e duradouras, restaria justificada a já referida dualização normativa e superada a alegação de ofensa à separação de poderes postulada por MONTESQUIEU, para quem o Poder Executivo se exerce sempre sobre situações momentâneas, face à necessidade de tomada rápida de decisões. [62]

Diversamente, Alexandre Santos de ARAGÃO e Sebastião Botto de Barros TOJAL, apoiados em Gunter TEUBNER, postulam que ditas normas expressam um novo tipo de direito, o chamado *direito regulatório*. [63] 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.[64]

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.

---

[60] Marcus André MELO. Op. Cit., p. 5.
[61] Eros GRAU. *O direito posto...*, op. cit., p. 171.
[62] *O espírito das leis,* Coleção Os pensadores, vol. XXI, tradução Fernendo Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, São Paulo, Vitor Civita, 1973, p. 160.
[63] "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: Gunter TEUBNER. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução José Engracia Antunes, Colouste Gulbenkian, 1989, p. 162. *Apud* 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. 276.
[64] *O controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras*, in *Revista da Academia Brasileira de Direito* Constitucional. Vol. 2, 2002, p. 80.

3.4.1. 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.

3.4.1.2. 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[65] 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 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.

Inspirado em García de ENTERRÍA, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO[66] procura com maior acuidade um fundamento constitucional para a delegação legislativa.

---

[65] *As agências reguladoras*, in *Revista dos Tribunais,* v. 791, set. 2001, pp 739-756.
[66] *Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*, in *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro*,* vol. 215, jan/mar, 1999, p. 73.

O autor refere-se ao 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.

Por sua vez, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, defende 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.[67]

Em oposição à crença na delegação encontra-se José Afonso de SILVA[68]. 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, conforme ressalta Leila CUÉLLAR,[69] 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

[67]Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas,* v. 35, 2000, p. 154.
[68] José Afonso da SILVA, op. cit., pp. 426-428.
[69] Op. Cit., p. 141.

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.

3.4.1.3. 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.

Nesse sentido Eros GRAU, [70] seguindo lições de Renato ALESSI e Santi ROMANO, demonstra 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 referidos por Eros GRAU. 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, recorre-se ao entendimento de Carlos Ari SUNDFELD, que sustenta que a competência normativa deve estar traçada em lei (*leis quadros)*, fixadoras de *standards*, geralmente de natureza política, como valores e objetivos a serem perseguidos. Deste 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. [71]

---

[70] *O direito posto...*, op. cit. p. 178 e *As agências, essas repartições públicas*, op. Cit. p. 25.

[71] 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.

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*, [72] emanados no exercício de competência regulatória (ou, na terminologia de Eros GRAU, competência regulamentar) do Poder Executivo, mediante atribuição do Poder Legislativo.

3.4.2. 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, 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.

Definida por Norberto BOBBIO[73] como *atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos*, a legitimidade sintetiza um acordo em torno de valores delineados como modelo de vida de uma comunidade, com a função de compatibilizar e desarticular conflitos, garantindo a segurança na vida pública.

O consenso é obtido de diferentes maneiras conforme o contexto em que se apresenta. Até a Revolução Industrial, a legitimidade do poder decorria de sua conformidade à tradição ou ao jusnaturalismo racionalista. Gradativamente, passa a depender do reconhecimento de pautas.

Assim, explica José Eduardo FARIA[74] que 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

[72]Sebastião Botto de Barros TOJAL. *Op. Cit.,* p. 90.
[73] Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI e Gianfranco PASQUINO. *Dicionário de Política*, volume 2, tradução Carmen C. Varriale [*et al.*.], 6ª edição, Brasília, Universidade de Brasília, 1994, p. 675.
[74] *A crise institucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1985, pp.13 e ss.

autores, apoiados em Niklas LUHMAN, 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 indefinidos. Este ânimo constituiria a legitimidade.[75] 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 respeito do mesmo tema, Eros GRAU, apoiado na exposição de Carl FRIEDRICH, afirma que a legitimidade do direito deflui 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. À 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 jurídico-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 burgês, 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 por 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

[75] *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução para o português editada pela Universidade de Brasília, 1980, p. 35. *Apud* Sérgio Varella BRUNA, op. cit. P. 239.

constituem, se desenvolvem e pleiteiam alguma forma de inclusão social, e capacidade para interferir em decisões políticas.[76] 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. [77]

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.

Paulo Todescan de Lessa MATTOS[78] identifica com precisão as razões pelas quais 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 aqui a lição de Norberto BOBBIO 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.[79]

---

[76]Boaventura de Sousa SANTOS. *Introdução à uma ciência pós-moderna,* S.1: S.N. 1983, p. 30.
[77]*O direito posto e o direito pressuposto,* op. Cit., pp. 53-63.
[78] *Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento,* in *Regulação e Desenvolvimento*, op. cit., p. 187.
[79] Norberto BOBBIO. *Estado, governo e sociedade para uma teoria geral da política*, Tradução Marco Aurélio Nogueira, 8ª edição, Rio de Janeira, Paz e Terra, 2000, p. 155

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 4

CONTROLE *INTERNA CORPORIS* DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1. 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 atualmente [80], uma vez que os mecanismos clássicos de contenção do poder político são inadequados para que se alcance o controle efetivo.[81]

À medida em 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

[80] 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).
[81] Sebastião Botto de Barros TOJAL. *Op. cit*., p. 89.

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. [82] O segundo desafio é o de garantir a transparência destes poderes independentes, a fim de que haja, efetivamente, controle. Nesse sentido, bastante oportuna a transcrição da análise de José Eduardo FARIA:

"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 loci *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 distenção política venha a ser abortada por um aparelho estatal ainda mais burocratizado e centralizador do que o neopatrimonialismo corporativista destas duas últimas décadas."*[83]

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.[84]

4.2. O suprimento do déficit *democrático*

[82] CASSESE, Sabino. Op. Cit., pp. 24-25.
[83] *A crise institucional e a restauração da legitimidade,* Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 59.
[84] Paulo Todescan Lessa MATTOS. *Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento,* in *Regulação e Desenvolvimento*, op. Cit., p. 183.

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 a 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", que segundo Claus OFFE[85], 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 separado 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.

4.3. 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.[86]

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.

Na visão de Sérgio BRUNA afirma que 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[87]

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

---

[85] *Apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação Política.* São Paulo: Ática, 1988.
[86] Paulo Todescan de Lessa MATTOS. Op. Cit. P. 196.
[87] Sérgio Varella BRUNA, op. Cit. p. 235.

transparência destes atos. Isso sem deixar de mencionar a existência de controles externos. [88]

4.3.1. 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.[89] [90]

No âmbito administrativo, sua aplicação não se restringe a aspectos formais mas, sobretudo, ao conteúdo das normas editadas, daí expressarem um *devido processo substancial*. José Luis Muga MUÑOZ, após esclarecer que considera mais apropriado a tradução do *due process of law* por *procedimento devido em direito*, expressão que abrange igualmente atividade executiva, legislativa e judicial[91], 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[92]. Vale dizer, sempre que alguns destes bens seja afetado por uma atuação do Poder Público, neste caso, do Executivo Federal, deve-se adotar procedimentos que vedem a arbitrariedade na aplicação de normas jurídicas. [93]

---

[88] ,Idem, ibidem, p. 241.
[89] Sobre a origem e evolução do *due process of law* verJosé Luiz Muga MUÑOZ. *Agências y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 95-97.
[90] Cândido Rangel DINAMARCO, Antônio Carlos de Araújo CINTRA e Ada Pellegrini GRINOVER. *Teoria Geral do Processo*, 15ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 82
[91] José Luiz Muga MUÑOZ. Op. Cit., p. 95.
[92] Idem, ibidem, p. 98.
[93] Independentemente dos instrumentos adotados, algumas notas caracterizadoras de procedimentos tidos como justos, eficazes e seguros devem ser observadas. Após estudar quatro agências às quais eram atribuídas estas qualidades, Paul Verkuil identificou quatro elementos, a saber: a) notificação; b)

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[94]. 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 eqüidade. 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 e[95]xigidas 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.

---

possibilidade de comentar o caso, verbalmente ou por escrito; c) resolução motivada; e d) órgão de decisão imparcial. (*A study of informal adjudication* procedures, in *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1976, p. 739. *Apud* Idem, ibidem, pp.101-102.

[94] Sérgio Varella BRUNA, op. Cit. p. 240.

[95] Marcos Augusto PEREZ. *Institutos de participação popular na Administração Pública*, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ##p. 59

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, pode-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.

4.4. Participação direta nos procedimentos normativos

4.4.1. 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.[96]

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. Todos as questões formuladas ao público devem ser examinados pela agência reguladora. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos consultados.

[96] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Participação Popular na Administração Pública*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 134.

Ademais, não pode haver mudança na matéria exposta ao questionamento que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admite-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matéria 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[97]. 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, deve haver um mecanismo de controle *a posteriori* dos atos normativos da agência.

4.4.2. Audiências públicas

Mecanismo de participação direta em processos em curso s 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[98]. Para que

[97] Conforme o Regimento Interno da ANATEL, nenhum procedimento pode ser votado sem antes ser colocado à disposição dos administrados. Já a lei que criou esta agência, em seu artigo 42, determina a submissão à consulta pública dos atos normativos que se pretenda editar, justificando as escolhas que vier a fazer.

[98] Nas leis de regulação setorial, as referência às audiências públicas variam. É obrigatória nos procedimentos da ANP (Lei 9427/96, art. 4º, § 3º) e da ANEEL (Lei 9478/97, art. 19). Na ANATEL, esta

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, Paulo Todescan de Lessa Matos distingue 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 distingue os dois institutos pela maior simplicidade das consultas em relação às audiências, vez que somente nesta última se aplica o princípio da oralidade. (Perez, p. 156). 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.

4.4.3. 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.

---

forma de participação popuar é prevista em seu Regimento Interno. Do mesmo modo na ANA, todavia, aqui não há obrigação contida em lei; as audiências foram instituídas por seu Regimento Interno, artigo 34.

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, Marcos Augusto Perez salienta que a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar o referendo e convocar plebiscito, prevista no artigo 49, XV, da Constituição Federal, referem-se apenas ao referendo e ao plebiscito legislativos[99]. Não alcançam, portanto, a efetivação da participação popular na Administração Pública, nos limites 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 administrativos geram 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.[100])

4.5. Participação popular indireta

4.5.1. 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.

[99] Marcos Augusto PEREZ. *Institutos de participação popular na Administração Pública*. Dissertação de Mestrado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella di Pietro, São Paulo, 1999.p. 134
[100] Idem, ibidem, p. 135.

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

4.5.2. 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 órgão[101]. 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 ntidades reguladoras, há indicadores positivos de seus resultados.

[101] 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).

4.5.3. 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 serviços público, apreciação de relatórios e elaboração de propostas concernentes à atuação do Conselho Diretor.[102]

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.

4.5.4. Comitê estratégico

Bastante interessantes são os comitês estratégicos[103], 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

[102] Regimento Interno da ANATEL, art. 36, Lei 9472/97, art. 35 e . Lei 9782/99, artigo 9º, parágrafo único

apoio à diretoria do que de participação. Este último aspecto fica por conta da existência de representantes da sociedade civil entre seus membros.

4.6. 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 insulamento 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.

[103] Regimento Interno da ANATEL, artigos 36, §2º e 60

CAPÍTULO 5

CONTROLES EXTERNOS

5.1. Introdução

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.[104]

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 *interna 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[105] e a verificação da racionalidade material destes atos.

5.2. Dois juízos necessários

5.2.1. Juízo de constitucionalidade

Afirmar a necessidade de adequação de qualquer ato jurídico à Constituição Federal não traz nenhuma novidade. Antes, é um requisito de validade dos mesmos.

O que se deseja reforçar é que, à vista da função de implementadora de políticas públicas atribuída a estas agências, especial enfoque deve ser conferido ao controle judicial da adequação constitucional da atividade estatal, expresso através daquelas. Segue-se daí que a validade dos atos de regulação deve ser apreciada também pela presença deste atributo na política pública em que estes se inserem, abarcando leis e atos normativos para a execução de um programa de ação governamental.[106]

O juízo de constitucionalidade não pode ser extraído unicamente da hipótese normativa prevista nestes atos. Isso porque nem sempre uma norma formalmente constitucional produzirá efeitos assim qualificados, principalmente quando subordinada à finalidade prevista em outras normas.

Este juízo, aparentemente teria relação apenas com o controle jurisdicional da regulação. Porém, em razão da ausência de um mecanismo de controle de políticas públicas, a submissão destas ao crivo e aos limites traçados pelo Legislativo é condição *sine qua non* para o desenvolvimento de um programa regulatório constitucional.

5.2.2. Juízo de racionalidade material

---

[104]Carlos Ari SUNDFELD, op. cit. pp. 25-26.
[105] Sebastião Botto de Barros TOJAL. *Op. cit.*, p.94.
[106]Fábio Konder COMPARATO. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in *Revista dos Tribunais*, ano 86, vol. 737, março de 1997, p. 18.

O segundo critério que deve pautar o controle dos atos de regulação consiste na verificação de sua racionalidade material. Vale dizer que o ajuste entre a racionalidade do direito regulatório e o sistema constitucional deverá estar presente na definição e no julgamento das condutas destas agências[107]. A coerência entre a atuação das agências e o objetivo por elas buscado – traduzida pelo princípio da razoabilidade – permite que a regulação de um dado setor não se distancie de suas finalidades institucionais.

Isso significa que os procedimentos de controle da atividade regulatória não podem se estruturar sobre uma racionalidade formal que, de tão auto-centrada, deixe de lado aspectos da realidade social e da experiência estatal que levaram à busca da administração eficiente através da regulação econômica.

O que deve ser privilegiado é o controle voltado à racionalidade material dos atos de regulação, que não se esquive de realizar julgamentos acerca do valor dos objetivos traçados, ao contrário da racionalidade material, de cunho instrumental, que não se pronuncia sobre o valor dos resultados obtidos.

A grande dificuldade que se constata é a de estabelecer procedimentos formais – essenciais a uma garantia mínima de segurança jurídica e respeito a direitos e garantias fundamentais – que não levem à paralisia decisória da atividade de regulação e não deixem de apreciá-la criticamente.

.

5.3. 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

[107] Sebastião Botto de Barros TOJAL. *Op. cit.*, p.94.

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 sobe 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.

5.4. 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[108]. 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, Carlos Ari SUNDFELD[109] observa 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, sustando atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar, normativo[110], 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.[111] [112]

5.5. O controle pelo Poder Judiciário

5.5.1. Judiciário e democracia

---

[108] Cristiane DERANI. *Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização*. Tese à livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000, p. 67.
[109] op. cit., p. 29.
[110] O dispositivo fala em regulamento e delegação. Os atos regulatóros enquadram-se entre os primeiros pois, embora não sejam regulamentos propriamente ditos, são formalmente designados por este termo.
[111] Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO. *A nova regulação e as agências independentes*, in *Direito Administrativo econômico*, op. cit. p. 93.
[112] 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.

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 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 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".[113].

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. É o que demonstrou Mauro CAPPELLETTI ao discorrer sobre a criação jurisprudencial do direito, em estudo no qual são empregados argumentos que se aplicam perfeitamente ao controle em estudo.[114]

Primeiramente, CAPPELLETTI observa 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.

[113] *Participação Popular...* op. cit. 137
[114] *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1993, pp. - 92-107.

Acrescente-se a isso o dever de motivação das decisões, que permite uma exposição pública dos magistrados, tornando-os responsáveis perante a comunidade.[115].

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 melhor atendidos através do primeiro. Aqui Cappelletti se vale do trabalho de Martin SHAPIRO, 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, 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." [116]*

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.

---

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

[116] *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial* Review, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1966, p. 37. *Apud* Mauro CAPPELLETTI. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antonia Fabris Editor, 1993, p. 99

5.5.2. 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", para usar as palavras de Boaventura de Sousa SANTOS, cuja negação acarretaria a de todos os demais. [117] 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.

5.5.3. Controle jurisdicional dos atos administrativos

[117] *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 1997.p. 167.

Originalmente, negava-se a submissão dos atos de regulação ao judiciário, visto que este não poderia garantir intervenções eficazes em matérias técnicas[118]. Seguia-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 mais nada, 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 discricionária[119]. Além disso, são feitos de modo prospectivo, não mais em face de casos concretos. Todavia, a maioria dos autores que tratam do tema, o fazem como se atos discricionários fossem, em razão da margem de liberdade atribuída ao agente administrativo.

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.

---

[118] Sabino CASSESE, *op. cit.* p. 30

[119] 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."(* Celso Antônio BANDEIRA DE

5.5.3.1. 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.[120].

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 salientam José Afonso da SILVA[121] e Hely Lopes MEIRELLES[122], o fim não se desprende do 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.

MELLO BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1998, *.p. 48)*

[120] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso*...op. cit., p.336.

[121] 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 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).

[122] Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 141.

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 vinculados aos motivos, que devem sempre ser expostos, os quais fundamentam a existência do ato.[123]

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 trouxer 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 processo 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 [124]. A causa é constituída pela relação de pertinência entre o pressuposto fático (motivo) e o conteúdo do ato administrativo[125]. Trata-se da concretização do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja cognição depende da motivação dos atos da agências.[126]

---

[123] João Antunes dos SANTOS NETO. *Da anulação 'ex officio' do ato administrativo*. Dissertação de Mestrado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella di PIETRO, São Paulo, 2001, p. 54.
[124] Lucia Valle FIGUEIREDO, op. cit., p. 181.
[125] Idem, ibidem, p. 185.
[126] Maria Sylvia Zanella di PIETRO, *Parcerias...,* op. cit. 137.

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.[127] A conclusão a que se chega é a de que a decisão tomada no uso de 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.[128]

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.[129]

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.

5.5.4. Controle de constitucionalidade

[127] 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 impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada." Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ediçào, 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 38.
[128] Sérgio Varella BRUNA, op. cit. p. 260.
[129] Maria Paula Dallari BUCCI. Op. cit., p.14.

Em matéria de regulação, o controle de constitucionalidade é essencial, posto que envolvem 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. Segundo Fábio Konder COMPARATO, 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:

"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."*[130]

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

[130]Fábio Konder COMPARATO. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in *revista dos Tribunais*, ano 86, vol. 737, março de 1997, p. 21.

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.[131]

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 apontada por Fábio Konder COMPARATO, 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.

5.5.4.1. Controle de inconstitucionalidade por ação

A adequação entre normas e a Constituição configura-se como a principal forma de proteção a direitos e garantias fundamentais, limitando o poder estatal e garantindo a

[131] Cristiane DERANI, op. cit. p. 220.

supremacia constitucional. No direito brasileiro o controle através do Poder Judiciário pode ocorrer de modo difuso ou concentrado.

O controle difuso (CF, art. 97) é realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário, os quais podem declarar a inconstitucionalidade de uma norma no curso da solução de um litígio qualquer. Na espécie, a declaração de inconstitucionalidade não tem qualquer efeito sobre a validade da norma para além do caso *sub iudice*, a menos que o órgão julgador seja o Supremo Tribunal Federal. Nesta última hipótese, o Senado Federal poderá ser oficiado para que suspenda a execução da norma declarada inconstitucional, total ou parcialmente.

A suspensão, feita por meio de resolução do Senado Federal, terá efeito *erga omnes* e *ex nunc*, de maneira que permanecerão válidos os atos praticados até ser publicada a resolução.

O segundo modo de controle é o denominado controle concentrado. Este se dá por meio de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão. Em se tratando de atos normativos federais ou estaduais, a competência originária para seu julgamento é do Supremo Tribunal Federal e o rol de legitimados ativos é restrito, constante no artigo 103 da Constituição Federal. São eles: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa (e da Câmara Legislativa do Distrito Federal), Governador de Estado, Procurador-Geral da república, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

As ações diretas de constitucionalidade têm por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Por ato normativo devem ser entendidos todos os atos que inovem a ordem jurídica, estabelecendo prescrições gerais e abstratas. Logo, os atos normativos de regulação são perfeitamente passíveis de controle de constitucionalidade por via de ação.

Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo desfaz-se o ato, bem como todas as conseqüências dele derivadas, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, haja vista que atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer eficácia jurídica.

Como se vê, este controle é instrumento fundamental de fiscalização da atividade regulatória. Entretanto a legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade é um óbice à sua efetivação, devendo ter maior projeção nestes casos os partidos políticos.

5.5.4.2. Controle de inconstitucionalidade por omissão

Questão bastante tormentosa diz respeito à efetivação dos dispositivos constitucionais quando sua implementação dependa da elaboração de normas.

O controle das omissões serve como um antídoto à tentativa de transformar normas constitucionais programáticas em meras declarações de intenções. Para isso admite-se a propositura de demandas, visando à condenação na obrigação de fazer para implementação de direitos garantidos na Constituição Federal, sempre que da inércia dessas autoridades resultar o descumprimento de normas constitucionais e legais, uma vez que tais atos não diferem de outros atos administrativos, ligando-se à legalidade (lei ou Constituição determina uma ação) e à legitimidade (persecução de um interesse público especificado) [132].

A Constituição Federal prevê dois remédios contra omissão legislativa, que redunda em inconstitucionalidade: o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (CF 103, § 3º). A dicção dos dispositivos mencionados não deixa dúvidas quanto ao seu cabimento em face de omissão de ato regulatório, pois falam em *normas*, dentre as quais se incluem as normas criadas pelas agências reguladoras.

O mandado de injunção, na verdade, é um remédio constitucional para proteção de direitos e garantias fundamentais. Cuida-se de medida judicial destinada a corrigir uma situação concreta de violação, ou seja, pressupõe um direito subjetivo violado. Deste modo, só tem cabimento quando se estiver em face de violação a direitos e garantias fundamentais. O alcance do mandado de injunção é um tema bastante delicado. Sua concessão leva o Poder Judiciário a cientificar o poder competente sobre a norma faltante, sem estabelecer medida que permita o exercício do direito Além disso,

só é admissível em caso de ausência de *norma*, nunca em caso de falta de recursos, por exemplo.

Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem campo de abrangência mais amplo, pois compreende todos os casos de omissão de *medida* para efetivação de qualquer norma constitucional. Se for julgada procedente, será dada ciência ao poder competente omisso. Este último, se for órgão administrativo, deverá adotar as providências necessárias.

Não obstante as dificuldades apontadas, estes dois institutos têm um grande potencial para promover a fiscalização de órgãos legislativos ou executivos. Quanto aos executivos, de maior interesse para este estudo, as ações em tela podem conferir maior visibilidade a sua atuação (ou omissão) e abrir espaço para a responsabilização dos agentes administrativos, *in casu,* dirigentes das agências reguladoras.

5.5.5. 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. Conforme afirma Cândido DINAMARCO, a ação popular traz consigo um significativo instrumento de participação democrática, na 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[133].

Em 1988, a Constituição Federal reconheceu esta ação para defesa contra atos ilegais ou lesivos ao patrimônio público [134], 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

[132]Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p.89-90.
[133]Cândido Rangel DINAMARCO. *A instrumentalidade do* processo. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 171.

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 pelas 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.

.

5.5.6. 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 tutela de interesses metaindividuais é assunto relativamente novo entre juristas de todo o mundo, diretamente relacionado às demandas surgidas após o industrialismo. No Brasil, a Lei 7.347/85, inspirada nas *class actions* norte-americanas, desencadeou o desenvolvimento do fenômeno a que Kazuo WATANABE denomina *molecularização*

[134] Lucia Valle FIGUEIREDO, op. cit. p. 406.

da tutela jurisdicional, reflexo da conscientização da comunidade jurídica para a necessidade de proteger interesses de grupos. Através dela o Poder Judiciário foi chamado a decidir sobre as primeiras grandes questões ligadas a políticas públicas e a proteção de valores sócio-culturais, até então não contempladas pela ordem jurídica.

Tal lei, 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.[135]

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"[136]. 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.[137] [138]

---

[135] Vittorio DENTI. *Giustizia e Partecipazione nella Tutela dei Nuovi Diritti.* In Ada Pelegrini GRINOVER,.Cândido Rangel DINAMARCO e Kazuo WATANABE. *Participação e processo.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988. p. 15.

[136] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção*. *"habeas data"*. 18ª edição, atualizada por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 141.

[137] Lei 7.347/85, artigo 5º, *caput*, incisos I e II.

[138] Na prática é o Ministério Público que ajuíza a grande maioria dessas ações. Ou seja, há uma 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 dessa 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.

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.

CAPÍTULO 6

CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1. Introdução

Após elencar os instrumentos que podem ser empregados para controlar e orientar a produção normativa das agências reguladoras, cumpre verificar alguns pontos críticos que ainda terão de ser superados para que a legitimação democrática buscada não se transforme em mera intenção.

6.2. Atores

O primeiro aspecto polêmico refere-se aos sujeitos que participam da atividade regulatória, cuja identificação denuncia a falta de legitimação dos entes reguladores. A observação destes atores permite concluir que as mudanças institucionais na Administração Pública estão criando pólos de representação de interesses fortemente articulados, com exclusão de sujeitos que não contam com qualquer tipo de organização para a defesa de seus interesses, tampouco podem fazê-lo isoladamente.

Seria ilusório crer que a participação da sociedade civil – no âmbito administrativo, legislativo ou judiciário – se dará igualmente entre diversos segmentos. Ocorre que se a esfera pública se mostrar pouco ativa, permitindo que grupos dotados de poder econômico tenham forte presença junto a órgãos administrativos, surgirão problemas de legitimação e, provavelmente, haverá um desvirtuamento da atividade regulatória. É o típico exemplo da "captura" dos órgãos reguladores pelos grupos de pressão, descomprometidos com qualquer objetivo de desenvolvimento econômico ou defesa do interesse público.

Aqui se evidencia a discrepância entre igualdade formal e a desigualdade material, refletida nas condições de acesso aos canais de expressão de seus interesses.

Poucos grupos, ao lado dos três poderes estatais atuam de modo a interferir fortemente na regulação econômica.

Para compreender porque isso ocorre, há que se ter em mente que a privatização de serviços públicos teve como pano de fundo a idéia de que os padrões de desenvolvimento dos países ricos poderiam ser universalizados. Isso significa que os padrões de consumo de uma pequena parcela da humanidade foram inadequadamente aplicados ao restante do mundo, inclusive ao Brasil, como se seus habitantes tivessem o mesmo acesso ao mercado consumidor.

Como conseqüência, a cidadania passou a ser definida em função do potencial de consumo de cada um, o que é deveras excludente em países subdesenvolvidos. Nessas condições, faz-se imprescindível uma atuação positiva do Estado, no sentido de identificar quais são os interessados que não dispõem de condições de participação e promover meios de reversão deste quadro.

Importa, ainda, ampliar ao máximo o conceito de *interessados*, de modo a abarcar todos os grupos afetados pela atividade da agência, pois disso depende a mensuração da participação desses sujeitos nos procedimentos decisórios das mesmas, assim como o reconhecimento da legitimidade dos mesmos para agir em juízo. Feita a definição desses interessados, há que se lhes conferir representatividade, incentivando sua articulação ou a presença de outros entes que possam fazê-lo, como as associações civis e o Ministério Público.

Essa definição permitirá elencar um rol mínimo obrigatório de setores que devem ser representados, sem que sejam agrupados sob a categoria "sociedade civil". Para isso, a seriedade dos estudos acerca de cada setor regulado, além de conferir maior transparência e melhoria de qualidade à produção normativa, fornecerá referenciais para a atividade legislativa e ampliará a quantidade e qualidade de demandas a ser levadas ao Poder Judiciário.

6.3. (In) Efetividade da participação nas consultas públicas

Como desdobramento do problema anteriormente mencionado, surge a questão da inefetividade da participação popular nas consultas e audiências públicas. Mesmo

com a disciplina aplicável à participação popular na agências, pode-se afirmar que este mecanismo carece de efetividade. Isso foi revelado em uma pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em Consultas Públicas realizadas na ANATEL. De tal estudo se extrai informações relevantes sobre a falta de participação popular na administração pública.[139]

A análise dos atores que participam dessas consultas públicas permite entrever que essa participação concentra-se no grupo que atua no ramo de telecomunicações, as empresas e outros organismos a elas ligados, tais como escritórios de advocacia, somam 68,69% das contribuições oferecidas às Consulta Públicas realizadas pela ANATEL. Já a presença de órgãos governamentais, bem como partidos políticos e entidades de defesa do consumidor se revelou ínfima.

A ausência de segmentos da sociedade civil que não representam interesses das empresas de comunicação, conduz à constatação de existência de um verdadeiro *déficit* democrático a macular a atuação dessas agências. Esta situação indica que, no Brasil, a participação popular na Administração Pública encontra-se em um estágio ainda prematuro de desenvolvimento.

6.4. Caráter vinculante da participação

Quando se aborda o tema do controle social sobre a Administração Pública, fica a dúvida acerca da legitimação trazida pela aplicação de expedientes consultivos e informativos sem caráter vinculante. Indaga-se em que medida estes instrumentos podem realmente interferir nas decisões estatais e, assim, representar verdadeiro controle social.[140]

Ora, os institutos de participação na atividade administrativa apontados anteriormente são de inegável utilidade. Além de gerarem orientações a serem seguidas pelas agências, estes mecanismos desempenham uma função pedagógica de incentivo ao controle e fiscalização pelos administrados nas diversas esferas decisórias.

---

[139] Sobre os dados da pesquisa e bem como as conclusões dela extraídas consulte-se Paulo Todescan de Lessa MATTOS. Op. cit., pp. 182-230.

[140] Vinícius Marques de CARVALHO. *Regulação de serviços públicos e intervenção social na economia,* in *Regulação, direito e democracia*, organizador José Eduardo Faria, São Paulo, Perseu Abramo, 2002, p. 24.

Acerca da eficácia destas contribuições, Sérgio BRUNA[141] sustenta que o melhor entendimento é no sentido de atribuir às contribuições caráter vinculante, sujeitando-as ao controle jurisdicional, sob pena de esvaziamento da finalidade desta participação. Porém, há que se reconhecer que o risco de vincular as decisões das agências às contribuições dos administrados, ao menos por enquanto, não é recomendável. Conforme visto nos tópicos anteriores, o debate no seio das agências encontra-se monopolizado pelas empresas prestadoras dos serviços regulados ou por entes a elas ligados; ou seja, não há pluralidade de interesses.

Isso não significa que, futuramente, não se possa conceber um método de participação com caráter vinculante, mas antes será necessário trazer ao debate os grupos interessados mas desprovidos de representatividade nos entes reguladores. Por ora, a solução mais correta parece ser a manutenção do caráter deliberativo destes institutos, exceto no caso do plebiscito e do referendo. Havendo qualquer desvio de finalidade, caberá ao Judiciário examinar o mérito do ato administrativo de regulação, valendo-se das contribuições prestadas ao longo do processo normativo e arquivadas na agência reguladora, à disposição do público.

6.5. Por uma nova postura do Poder Judiciário

Neste ponto, retoma-se o que foi dito sobre os limites e as perspectivas da organização dos poderes na forma tripartida. Analisar a atuação destas agências, novos *loci* de mediação política, cobra do Poder Judiciário uma postura menos estática, mais presente e atuante no julgamento de conflitos entre diversos atores sociais, suprindo a inação legislativa e as lacunas dela resultantes.

Aliás, uma das principais preocupações deste estudo foi justamente o modo pelo qual o controle judicial dos atos das agências ocorrerá. Não se ignora que a carga axiológica envolvida nas decisões regulatórias nem sempre pode ser reconhecida e impugnada sem um exame mais acurado do julgador. Do mesmo modo, é sabida que a sobrecarga de trabalho que o Judiciário enfrenta há anos dificulta a realização de uma investigação a contento.

[141] Op. cit. p. 261.

Porém, não se pode admitir que o Judiciário se esquive do controle substancial destes atos, alegando não poder se imiscuir em questões políticas. Existem finalidades determinantes para a pratica de atos normativos de regulação que devem ser perquiridos, como nos demais atos administrativos. Ademais, há um intersecção entre direito e política, principalmente por força do reconhecimento de direitos sociais e da aplicação finalística da lei, que não permite negar juridicidade a questões que são *também* políticas.

Além disso o Judiciário tem uma função política, a qual não se confunde com função político partidária, destacada em casos que envolvem a Administração Pública e a tutela de interesses e direitos de natureza coletiva. O Judiciário não pode se eximir dessa função política, sob pena de contribuir para a concentração de poderes decisórios em órgãos burocráticos integrantes do Poder Executivo.

Vale transcrever a lição de CAPPELLETTI:

"Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governaativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas."*[142]

Do mesmo modo não há porque se crer que o fato de o Poder Judiciário encontrar-se mal aparelhado para investigar questões técnicas, constitua um óbice à apreciação de assuntos técnicos. Em nenhuma instância de poder existem técnicos especializados em cada setor regulado, mas todas podem buscar as informações e as assessorias necessárias.

Infelizmente, é difícil fazer uma projeção otimista da eficácia destes mecanismos em relação às políticas públicas. Há algum tempo nossos tribunais vêm se mostrando

[142] *Juízes Legisladores?* Op. cit., p. 107.

bastante condescendentes com todas as atitudes do Poder Executivo pátrio, mesmo as mais antidemocráticas, sob o argumento de inevitabilidade destas medidas.

Haveria uma captura do Poder Judiciário pelo Executivo? Admitindo-se a captura deste último por grupos econômicos poderosos, que atuam sempre muito próximos ao Poder Político, tem-se uma situação de poder paralelo excessivamente perigosa à manutenção do equilíbrio político e das instituições democráticas, desviando-se os propósitos da regulação.

6.6. Flexibilização do princípio da legalidade e risco autoritarismo

Não obstante as medidas propostas já para o controle da regulação, há que se frisar que a efetividade dos mecanismos apresentados não é isenta de dúvidas.

A abertura de espaços de mediação política, marcados pela flexibilização da legalidade e orientado por uma interpretação finalística, consentânea com os fins sociais e com a política do Estado, permite que a regulação seja impregnada pela ideologia mais conveniente e comporte variáveis conteúdos. Não se deve esquecer que a flexibilização da legalidade e a interpretação baseada nos fins do Estado sempre esteve atrelada a regimes de opressão. Ademais, o informalismo que permeia os procedimentos normativos das agências reguladoras cria o risco de que sua produção normativa seja influenciada por condicionantes alheias ao direito material em discussão.

Se é certo que a atribuição deste poder normativo hoje é tida como inevitável, a atenção para os riscos e para as falhas constatadas na incipiente experiência regulatória brasileira é no mínimo instigante e serve de estímulo para o aperfeiçoamento constante da experiência democrática e quiçá para a busca de outros meios que não aqueles que são apresentados como única e melhor medida para organizar a atividade estatal.

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.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *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. pp. 275-299.

ARNAUD, André Jean [et al.]. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia de Direito.* Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, 12ª edição, 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2000

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 8ª edição, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, volume 2. Tradução de Carmen C. Varriale [*et al.*.]. 6ª edição Brasília: Universidade de Brasília., 1994.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, in *Lua Nova*, 45-98, pp. 49-95.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. Tese de doutorado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993

CARBONELL, Eloísa. MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento em Estados Unidos de America*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2001.

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

_____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in *Revista dos Tribunais*, ano 86, vol. 737, março, 1997, pp. 11-22.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995.

_____. *Interesse público na contratação das entidades da Administração Descentralizada,* in *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem*, nº 126, jan./mar., 1987. pp. 9-15.

DERANI, Cristiane. *Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização*. Tese à livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000

DI PIETRO, MariaSylvia Zanella. *Dircricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1991

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

_____. *Participação Popular na Administração Pública*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, São Paulo, Malheiros, 1993, pp- 127-139.

DIAS, Solange Gonçalves. *Democracia representativa x democracia participativa: experiência de gestão municipal e a emergência de um novo paradigma democrático*. Dissertação de mestrado. Orientador Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 7ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999.

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

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira *A crise institucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985

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.

_____ (organizador). *Regulação, direito e democracia*, José Eduardo Campos de Oliveira Faria (organizador),São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002

FÉDER, João. *Estado sem poder*, São Paulo. Max Limonad, 1997.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Agências reguladoras,: legalidade e constitucionalidade*, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 8, n. 35, nov./dez., 2000, pp 143-158.

_____. *Introdução ao estudo do direito*, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 1994

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, São Paulo, Max Limonad, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini,. DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. *Participação e processo.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

MEDAUAR, Odete. *Direito dministrativo Moderno*, 3ª edição revista e tualizada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2000.

MELO, Marcus André. *A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação*, in *Revista brasileira de Ciências Sociais*, jun. 2001, vol. 16, n. 46, pp. 56-68. ISSN 0102-6909.

MELO, Marcus André. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*, in *Revista brasileira de Ciências Sociais*, fev. 1998, vol. 13, n. 36. ISSN 0102-6909.

MILIBAND, David. *Reinventando a esquerda*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

MORAES, Alexandre. *As agências reguladoras,* in *Revista dos Tribunais*, vol. 90, n. 791, pp- 739-756

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*, in *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, vol. 215, jan/mar, 1999, p. 71-83.

OFFE, Claus. *A democracia partidária competitiva e o "Welfare State" Keynesiano: fatores de estabilidade e organização,* in *Biblioteca Tempo Universitário*, nº 79. Tradução de Barbara Freitag, pp. 356-386.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de derecho público enonómico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. *As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função"* in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 23, julho/ 1998.

_____. *Institutos de participação popular na Administração Pública*. Dissertação de Mestrado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella di Pietro, São Paulo, 1999.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *O controle de constitucionalidade da capacidade normativa de conjuntura do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central; o caso do Fundo Garantidor de Crédito (FGC)*, in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 120, ano XXXIX, out-dez/ 2000, pp. 111-127.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos*. São Paulo, Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução a uma ciência pós-moderna, S.1: S.N. 1983.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*, 7ª edição, São Paulo, Cortez, 2000.

SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação 'ex officio' do ato administrativo*. Dissertação de mestrado. Orientadora Profesora Doutora Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 16ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.1998), São Paulo, Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari (organizador)Direito Administrativo Econômico, São Paulo, Malheiros, 2000.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Contribuição para uma revisão epistemológica da teoria geral d Estado (elementos de uma nova ciência social)* Tese de Doutoramento. Orientador Professor Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo, 1991.

_____. *O controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras*, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002, p. 75-95.