Número 12 – novembro/dezembro/janeiro - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A REGULAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA NOVA HERMENÊUTICA

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Doutor em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.

1 – INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com um decênio da introdução do instituto da regulação no País, subsiste ainda na comunidade jurídica uma grande perplexidade ante as inovações introduzidas na ordem jurídica do País.

Prova disso é que se vão acumulando as dúvidas e dificuldades em relação a conceitos importados da experiência de outras ordens jurídicas, notadamente européias, nas quais essas dificuldades de harmonização do antigo com o novo foram igualmente sentidas e aos poucos superadas, graças ao trabalho construtivo da doutrina e da jurisprudência desses países de vanguarda na Ciência do Direito.

Assim é que temas como a natureza da **regulação**, como função administrativa; a **independência** dessa função, bem como das agências a gentes incumbidos de desempenhá-la; a **deslegalização** de matérias de natureza técnica, para possibilitar o desenvolvimento de uma nova ordem de atos administrativos normativos; a natureza jurídica polimórfica nas **normas reguladoras**; a conseqüente distinção entre as tradicionais normas regulamentares e advenientes normas reguladoras; a relação entre norma legal e norma reguladora; o aparecimento das **autorizações** para o desempenho de serviços de interesse geral e das **atividades comunicadas**, em lista meramente exemplificativa, entre tantos outros que passaram a povoar o universo jurídico, causam ainda ruído e perturbação quando de sua aplicação.

Isso ocorre porque a essas e a outras perplexidades respondem ainda muitos dos operadores do Direito, até mesmo os que têm o ônus de dissipá-las, com certa relutância em aceitá-los ou, menos radicalmente, em aceitá-los como realmente o são, **porque não encontram respostas fáceis nem na Constituição de 1988 nem na doutrina tradicional**. Fácil de entender, por isso, porque ainda tantos, diante do desafio que esses institutos inovam, preferem a solução simplista de considerá-los inconstitucionais.

Como é evidente, o simplismo acaba por assimilar o novo ao antigo para contornar as dificuldades adaptativas exigidas por qualquer forma de progresso e, com isso, deixar a falsa impressão de que nada mudou. Assim, incapacidade, inércia, má vontade ou o que quer que tolha o intérprete de avançar, acabam contribuindo para que um certo conservadorismo tímido e retrógrado esteja atrasando o pleno eclodir das potencialidades dos novos institutos.

Grande parte dessa dificuldades partem de um equívoco quanto ao que deva ser a correta hermenêutica para nosso tempo. Este é pois, o primeiro tema a ser desenvolvido neste travalho.

A PERSPECTIVA DA INTERPRETAÇÃO POSITIVISTA DO FENÔMENO JURÍDICO DA REGULAÇÃO

Inicie-se por afirmar que um equívoco a ser sempre apontado e evitado é o de interpretar novos institutos apenas à luz dos instrumentos hermenêuticos do passado.

Isso porque, uma das confusões mais encontradiças, mesmo em autores, consagrado, referida à **regulação**, decorre da persistência residual de um conceito de **legalidade** positivista, legalista, formalista e burocrático que continua a orientar sua exegese.

Como eloqüente exemplo, lembre-se a confusão do assemelhar a **regulação** à **regulamentação**, como se ambos institutos fossem o mesmo, não obstante tão diferentes e distanciados.

Outro engano caracteristicamente anacrônico é o de confundir, por um lado, o que seja o **espaço decisório deslegalizado**, aberto pela lei para que nele sejam tomadas decisões normativas **regulatórias** de natureza técnica complexas, e, por outro lado, com o tradicional **espaço decisório discricionário**, igualmente adequado para fazer escolhas de conveniência e de oportunidade, desde que estejam elas diretamente referidas ao cumprimento de determinado comando legal incompleto para agir, ou seja: **integrando-o**.

São ambas modalidades que exprimem de distintos graus na amplitude na abertura do **espaço decisório administrativo**, vale dizer, do **mesmo fenômeno jurídico da delegação**. Tampouco são as essas as únicas técnicas empregadas no Direito Administrativo para este mesmo efeito, pois que a elas se acrescenta ainda um terceiro tipo de **espaço decisório aberto à tomada de**

decisões administrativas que estejam relativamente desvinculadas a comandos legais positivados, exaustivos de conteúdo.

O terceiro tipo é o do **espaço decisório da indeterminação**, que é igualmente aberto pela lei para eu seja administrativamente preenchido, mas não mais, como na hipótese da discricionariedade - por motivos de oportunidade e conveniência - mas por efeito de uma **subsunção administrativa** de fatos observados a uma norma de conteúdo amplo, por conter um **conceito indeterminado**, de modo que, afinal, também vem a ser uma espécie de **delegação** ao administrador para determinar diante das circunstâncias casuisticamente apreciadas, portanto, se ocorreu ou não o **pressuposto fático** de aplicação da norma nela contido.

Tudo seria apenas um dissenso entre, de um lado, os hermeneutas positivistas, ao procurar a martelo encaixar os novos institutos em seus velhos esquemas, e, de outro, os hermeneutas que constroem esse novo Direito axiologicamente orientado, se não fora o grave prejuízo que as leituras conservadoras sempre causam ao avanço da Ciência do Direito e à absorção de novos instrumentos, que se repete no caso da regulação.

A propósito, colha-se a lição de LUIS ROBERTO BARROSO:

> *"Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo* ***de maneira a que ele não inove nada****, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo."* [1]

Ao persistirem nesse vício exegético, sempre "*para nada inovar*", os adeptos da velha hermenêutica, como não encontram na Constituição um dispositivo que lhes seja suficientemente confortável para fundamentar a **regulação**, que respeite suas características de **deslegalização técnica setorial**, optam por desconhecer ou desdenhar a copiosa literatura jurídica existente sobre o fenômeno da deslegalização para se conformarem em assemelhar a **regulação** à **regulamentação**, pois, afinal, esta se lhes parece **nitidamente** presente na Carta...

Cometem, destarte, erro maior do que aquele que pretendiam ter evitado ao estenderem a servidores públicos administrativos a **função regulamentar**, atribuição política típica e privativa do Chefe do Poder Executivo no Estado brasileiro...[2]

Com efeito, é intuitivo que a **regulação**, como qualquer instituto novo, deve ser tratada com especial atenção exatamente em razão de suas **características inovadoras**, por serem presumidamente mas aptas para atingir as finalidades que lhes são adscritas do que as instituições já existentes, e não como se fora mais uma hipótese de **regulamentação**, que é instituto antigo e

---

[1] LUIS ROBERTO BARROSO, ***Interpretação e Aplicação da Constituição***, Rio de Janeiro, Saraiva, 4ª ed., 2001, p. 71, n/grifo)
[2] Art. 84, IV e VI, CRFB.

totalmente diverso, que, entre nós, é de restrita competência dos Chefes de Poder Executivo, exclusivamente para execução de leis e para dispor sobre organização administrativa federal.

Acresce ainda que, a **deslegalização**, não obstante suscite problemas de enquadramento, o que aliás sucedeu nos países em que foi introduzida, inclusive nos Estados Unidos, onde ganhou suas características modernas, é um instituto inconfundível com a **discricionariedade**.

Realmente, enquanto a **discricionariedade** demanda a existência de **uma prévia norma legal específica**, que abra **um espaço decisório restrito especificamente à sua aplicação**, limitado a opções téticas para preenchimento das condições de execução, a **norma reguladora deslegalizada**, diferentemente, dispensa a existência de norma legal prévia e **específica** a ser executada, mas, isto sim, necessita de uma **abertura legislativa** mais ampla de um dilatado **espaço decisório técnico**, para que, dentro de seus limites, especificados em lei, o **agente regulador** possa tomar as **decisões técnicas**, para as quais **o legislador não define quaisquer parâmetros específicos**, tanto por causa da complexidade tecnológica como da mutabilidade envolvidas para a tomada de decisão, ao que se avrescenta, cada vez mais, a necessidade de negociação e de ponderação administrativa de um conjunto de **interesses simultaneamente protegidos**.

Eis, em breves traços, o diferencial necessariamente a ser considerado. Por isso, insista-se, deve-se ter sempre presente que essas vertiginosas mutações do Direito Público, com o aparecimento de um complexo de instituições que para muitos conformam até um "**novo direito**", não nos podem surpreender, enquanto profissionais, senão que demandam o domínio de um renovado arsenal exegético, mais sofisticado e notadamente informado pela orientação da **legitimidade**, exigindo o emprego da **ponderabilidade** e uma permanente atenção da vinculação da ação administrativa ao **resultado eficiente** (boa administração), enfim: demandando uma "**nova hermenêutica**".

2 - AS PERPLEXIDADES DO CONCEITO DE REGULAÇÃO

Todavia, muitos dos surpresos hermeneutas, que se mostram atônitos ante o novo Direito, não agem apenas levados pelo desalento ou pelo descaso diante do novo, mas a tanto são conduzidos porque, realmente, conceda-se, os fenômenos novos, como é o caso da **regulação**, de que se ocupa esta comunicação, quase sempre suscitam uma imensa cópia de perplexidades, como, para mais uma vez ilustrar, ocorre com a imensa surpresa que se deparam ante a aparente quebra do velho dogma da **separação de poderes**, se tomado em sua versão rígida, com sua familiar e confortadora distribuição, quase *more geométrico*, das três **funções** de Estado entre os respectivos **Poderes**, diante do que se lhes parece a ruptura rompe de uma tríplice **articulação** que se lhes parece mais um tabu que um princípio organizativo inserto nas Constituições...

E a caixa de surpresas não para aí, pois também é o caso da **pluralização dos centros de poder**, que multiplicam o número de **órgãos constitucionalmente autônomos** e inovam distintas articulações entre os antigos e novos centros de poder, quase sempre visando à disposição diversificada de **controles**: de legalidade, de legitimidade, de eficiência e de tantos outros parâmetros de **juridicidade** que se vão somando à antiga e limitada visão de controle da **legalidade estrita**...

Um exemplo mais concorrerá para entender esse torturante embaraço que atormenta as mentes positivistas nestas duas últimas décadas: considere-se a cisão, cada vez mais clara e presente nas legislações, entre o **domínio da política** e o **domínio da técnica**, ou seja, entre, de um lado, o **espaço decisório político**, que deverá ser preenchido com deliberações que de tão complexas não possam ser tomadas apenas com obediência a parâmetros científica e tecnologicamente experimentados e assentados – e tais são as **decisões políticas** - e, de outro lado, o **espaço decisório técnico** que deverá ser preenchido com decisões que necessariamente devam obedecer a regras científica e tecnologicamente experimentadas e assentadas, para que atinjam os resultados visados e sejam eficientes – e tais são as **decisões técnicas**.

Em razão dessa dicotomia, com decisões referidas a **diferentes critérios e escalas de valores**, a tendência do Direito Público está manifestamente voltada a subtrair, cada vez mais, as decisões meramente técnicas dos órgãos políticos e, para complementar, a isolar as decisões dos órgãos técnicos das influências das esferas políticas.

Enfim, quiçá não fosse necessário, a esta altura, aditar outras considerações históricas a respeito, mas parece bom que se o faça, até mesmo como contribuição para tranqüilizar os perplexos, pois que tais temas e outros quejandos, enfim, não são novos: de há muito vêm ocupando os parlamentos e os tribunais constitucionais, pois as idéias que os informam, longe de nos serem autóctones ou idiossincrásicas, são quase universais, de modo que os debates e as discussões a respeito, tais como os recentemente travados entre nós em torno da "Reforma do Estado", ainda se prolongarão por mais algum tempo. Mas, como todos os grandes debates que ficaram no passado, este também tende a se pacificar e, enfim, a agasalhar serenamente, nos cada vez mais complexos sistemas jurídicos dos Estados ou conjuntos de Estados e até na ordem mundial, esses novos fatos, pois que representam afinal o progresso, que incessantemente nos provoca, de fora do Direito.[3]

[3] Na experiência de vida do Autor, o mesmo ocorreu com o tema jusambiental: tendo publicado mo início da década de setenta um livro que RAMÓN MARTÍN MATEO viria anos depois apontar como o pioneiro sobre o tema na América Latina, e ofertado um exemplar a um importante Professor, dele ouviu o seguinte comentário: é bom não inventar um ramo novo como o direito ambiental, pois o direito administrativo já é o bastante e a Constituição não comporta essa autonomia...

3 - A EVOLUÇÃO CONTEMPORÂNEA DE QUATRO CONCEITOS- CHAVE PARA COMPREENDER E CONTROLAR A ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO

Despontam como **conceitos essenciais** para o que se propõe esta exposição: o de **setor crítico**, o de **finalidade**, o de **funcionalidade** e o de **administração por resultado**.

O CONCEITO DE SETOR CRÍTICO

Como é sabido, a administração de certas atividades econômicas ou sociais de **interesse coletivo** - tanto as desempenhadas pela **sociedade** como as cometidas a órgãos do **Estado** - passaram a apresentar tal exacerbação crítica a ponto de não mais poderem ser eficientemente desenvolvidas sob os instrumentos e as formas burocráticas tradicionais.

Com efeito, algumas dessas atividades, ainda sob tratamentos administrativos tradicionais, como o de prestação de **serviço público** e o de exercício da **polícia**, podem até lograr alguma eficácia, embora cada vez mais declinante e insuficiente em termos de resultados, na medida em que a legislação específica a ser aplicada não acompanhava o incessante espoucar de problemas nesses setores, por isso mesmo denominados de **críticos**. Tais são o dos transportes, o da vigilância sanitária, o das telecomunicações, o energético, que se mencionam entre tantos outros, que incessantemente a eles a se somam, e cada vez mais se agravam, na medida em que a adequada solução para cada um deles necessita de uma negociação extenua e permanente entre diferentes pólos de interesses, que estão simultaneamente protegidos pela ordem jurídica.

Como do passado ficara a lição de que nem uma **liberalização** excessiva dessas atividades, contando que as forças sociais viessem a corrigir as distorções, nem o emprego de um arsenal de **intervenções pesadas**, como as praticadas pelo *Wellfare State*, até mesmo as mais radicais, do totalitarismo e da estatização, haviam logrado resultadfos econômica e socialmente satisfatórios, e, afinal, como a necessidade é a mãe da invenção, surgiu a solução de **intervenção estatal leve**.

A ASCENSÃO HISTÓRICA DA REGULAÇÃO

A origem norte-americana dessa solução interventiva, que se chama de **leve**, pois não se dá **contra o mercado**, mas **em seu favor**, veio a ser essa a resposta à necessidade, mais gravemente sentida nas duas Guerras Mundiais, de corrigir os problemas existentes nos **setores críticos**, por certo simultaneamente superando a inércia do liberalismo clássico e o rigor asfixiante das formas radicais estatizantes.

Embora a experiência regulatória, procedente da antiga auto-regulação medieval de setores, como a das guildas, tivesse chegado àquele País ainda no

século dezenove,[4] a **regulação** só alcançou a maturidade moderna quando passou às agendas juseconômicas, o que se apresentou marcadamente em dois momentos críticos da história dos Estados Unidos da América.[5]

Num primeiro momento, nas primeiras décadas do século passado: inicialmente, a partir dos debates sobre mobilização e da criação do WIB (*War Industries Board*) sob o acicate da I Guerra Mundial de 1914 a 1918, e depois, com o enfrentamento dos graves problemas econômicos e financeiros da Grande Crise de 1929, que levou ao estabelecimento do *New Deal* rooseveltiano, sob as pesadas demandas da Segunda Guerra Mundial, então sob a égide do célebre NRA (*National Recovery Act*).

Foram períodos em que o questionamento sobre a **efetividade** do postulado liberal clássico da suficiência da auto-regulação espontânea dos mercados, ante os desafios políticos e econômicos do mundo moderno, acabou por lançar os Estados Unidos da América à vanguarda das soluções de economia política, adotando renovadas técnicas **regulatórias**, que já lhes eram familiares, e, aproveitando toda a sua secular tradição anglo-saxônica com a auto-regulação e com entes reguladores setoriais, logrou proteger a sua economia e as dos aliados, vencendo os desafios bélicos com um mínimo de intervenção no mercado, graças a essa inovativa espécie de **intervenção econômica leve** da regulação.

Com efeito, a instituição de uma nova geração desses entes, especialmente voltados à disciplina de **setores críticos específicos do mercado**, permitiu àquele País graduar e minimizar, durante a Segunda Guerra Mundial, as intervenções reclamadas para assegurar o bom funcionamento de sua indústria e de seu comércio, superando, assim, o difícil e incerto período das grandes conflagrações com um mínimo de exceções aos postulados liberais, assentados em suas tradições políticas.

Mas, enquanto os Estados Unidos respondiam à crise criando **agências administrativas independentes do poder político**, dando início à prática do que a doutrina viria posteriormente denominar de **intervenções econômicas leves**, predominantemente voltadas ao **interesse do mercado** (*light intervention*), distintamente, os países europeus, na linha de ideologias estatizantes de todos os matizes, que dominaram o cenário político de quase todo o século XX, e que haviam produzido os dois modelos de Estado interventivos dominantes, o Estado do Bem Estar Social e os Estados Socialistas, preferiram criar **agências executivas dependentes do poder político** para desempenharem diretamente essas atividades econômicas consideradas críticas, optando, desse modo, pelas **intervenções radicais**, via de regra justificadas pelo pervasivo **conceito de segurança nacional**, então hegemônico no panorama político mundial.

---

[4] Como a pioneira *Interstate Commerce Commission (ICC)*, criada em 1887 para dirimir problemas cada vez mais intricados no setor ferroviário daquele País, à época em plena expansão.

[5] Para aprofundamento, esse processo histórico vem narrado no livro do Autor, ***Direito Regulatório***, publicado pela Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003, ps. 71 a 79.

Observe-se que, como um auspicioso subproduto da *light intervention*, acentuou-se o **papel protagônico da sociedade**, desenvolvendo-se a solução bastante criativa da **participação** dos setores interessados, o que passou a resguardar melhormente não só os interesses como os valores democráticos envolvidos. Mas não se limitaram a este, da participação, embora tão importante, os subprodutos das reformas dos aparelhos públicos efetuadas a partir de então, e, como resultado evidente de um novo conceito de relações entre os dois protagonistas da política – o Estado e a Sociedade - aí estão os também revistos conceitos de **finalidade**, de **funcionalidade** e de **administração por resultados**, como inovações que passaram à Ciência da Administração e à Ciência do Direito contemporâneas.

O CONCEITO DE FINALIDADE

Em breves palavras, trata-se do deslocamento da definição da atividade administrativa pela **competência** do órgão, para a definição da atividade administrativa pela **finalidade** a ser atingida.

Com a adoção do referencial de **competência**, as atenções do Direito Administrativo se haviam concentrado, sob a visão positivista, sobre o **conceito de ato administrativo**, proliferando-se, a partir dele, uma abundante literatura sobre a **legalidade** da **manifestação da vontade administrativa**.

O mérito do deslocamento do referencial para a **finalidade** foi, primeiramente, o de ampliar essa visão limitada do **ato** para o **processo** e, depois, a partir dessa visão estendida, considerar juridicamente o **resultado**, passando a incluir a consideração do agir administrativo sob o critério da **legitimidade**, tomada assim em seu sentido mais amplo, ou seja: sob o tríplice aspecto da **legitimidade originária** (competência), **corrente** (processo) e **finalística** (resultado).

O CONCEITO DE FUNCIONALIDADE

O discurso do **resultado** e da **legitimidade**, sintetizados pelos italianos no conceito vitorioso da **boa administração**, como seria de se supor, levou à superação do conceito de **poder**, como um **atributo** estatal, substituindo-o pelo conceito de **função**, apenas como um **cometimento** estatal.

Além disso, deve-se considerar que a idéia de **função** leva à de **funcionalidade**, daí justificando-se a evolução que se seguiu, da **eficácia**, referida a um resultado conotado à **legalidade**, para a introdução da **eficiência**, referida a um resultado conotado à **legitimidade** e, finalmente à **efetividade**, que é a dimensão social expandida da eficiência.

O CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO POR RESULTADO

Finalmente, assentada a idéia de **efetividade**, o conceito de **funcionalidade** assomou como a **razão de ser** da Administração Pública e,

deinde, do próprio Estado. Afinal, que outra justificação de sua existência senão a de atingir **efetivamente** os resultados que lhe são assinados pela sociedade?

CARACTERÍSTICAS HÍBRIDAS E POLIVALENTES DA REGULAÇÃO

Pode-se lembrar também que certas características da **regulação** resultam de sua contemporânea inserção em um Estado **policrático** e **policêntrico**, a que se referiu M. S. GIANNINI.

Com efeito, como função estatal, ainda que administrativamente independente, a cargo de entidades também independentes da administração direta, é normal que a **regulação** disponha de uma multiplicidade de instrumentos **materialmente** normativos, executivos e judicantes para atingir seus fins, que são comuns a essas organizações.

Por outro lado, também a demanda resultante da multiplicação de setores críticos também desdobra uma grande diversidade de intervenções regulatórias, o que exige flexibilidade de instrumentos e, paralelamente, uma necessária diversificação dos controles.

4 - EXPRESSÃO SOBERANA DO PODER ESTATAL NA FUNÇÃO REGULATÓRIA

Não se perca de vista que, não obstante instituída para atuar em **setores críticos** específicos e, por isso, em contato mais direto com os agentes da sociedade que neles atuam, ou deles se valham ou para eles contribuam de algum modo, a **regulação é uma função estatal.**

Assim sendo, pode-se alinhar quatro requisitos relevantes para o exercício essa função: o requisito de **imperatividade**, o requisito de **impessoalidade**, o requisito da **legitimidade** e o requisito da **formalidade**.

O REQUISITO DE IMPERATIVIDADE

As **decisões**, que tanto podem ser normativas como concretas, são todas decisões de Estado e se impõem como **atos administrativos**, portanto, **atos administrativos regulatórios**, com todas as suas conseqüências.

Por outro lado, quanto à **negociação**, a ser entabulada pelos agentes reguladores com os interessados, pode e deve fazer parte do *iter* decisório, conduzida dentro de parâmetros procedimentais - de modo e de tempo - de sorte a levar a bom termo a decisão e não a ela se substituir.

O REQUISITO DE IMPESSOALIDADE

Como se pressupõe a existência de **interesses complexos** e, ainda mais, que estejam todos **protegidos pela ordem jurídica** – sejam individuais, coletivos ou difusos, sejam públicos ou privados - não se trata, *a priori*, de

estabelecer a supremacia **em tese** de qualquer deles, mas, distintamente, do que ocorria com a tradicional **definição legal do interesse público específico**, o de defini-lo administrativamente, pela ponderação entre eles, apontando quais os que se apresentam **na hipótese** como os devam receber precedência que contingente para atender à finalidade homeostásica da regulação, ou seja, a justa solução de equilíbrio *in casu*.

Como se observa, a **impessoalidade**, que se impõe a todos os órgãos e agentes da Administração, é ainda mais exigente quando de trate de **agentes** e **órgãos reguladores**, pois que um eventual desequilíbrio, que venha a ser gerado em benefício ou detrimento de qualquer dos valores ou dos interesses em ponderação, exacerba o risco da captação da atividade da agência.

A **garantia da impessoalidade no resultado da ponderação** estará, pois, primeiro, no **procedimento** – pelo cumprimento rigoroso de todos os trâmites procedimentais que levam à tomada de decisão; segundo, na **participação** – que garantirá o aporte de suas respectivas razões à consideração dos agentes reguladores e**, terceiro**, na **motivação** – que estabelecerá a importância ou o peso que a decisão vier a conferir a cada argumento, a cada valor e a cada interesse específico considerado nas relações reguladas.

Distintamente da decisão **discricionária**, em que o agente público partirá de um interesse definido desde logo como o determinante para a decisão - que é o **interesse público específico legalmente posto**, distintamente, na decisão **regulatória**, o agente público partirá de uma situação de neutralidade em relação aos interesses em jogo e será a sua decisão ponderada a que deverá **definir o interesse público específico regulatoriamente posto**.

O REQUISITO DA LEGITIMIDADE

A **legitimidade** que se deve exigir no caso das decisões reguladoras, como se expôs, apresenta três aspectos: a **legitimidade originária**, referida aos órgãos e agentes; a **legitimidade corrente**, referida aos procedimentos e a **legitimidade finalística**, referida aos resultados pretendidos e alcançados.

Pois bem: a **legitimidade originária** é atendida se o **órgão** é o competente e se a **investidura** dos agentes reguladores tiver sido legalmente correta, ou seja: pelo atendimento de todas as condições, formais e materiais, prescritas em lei.

A **legitimidade corrente** é atendida com a observância fiel do procedimento regulatório, mormente no que respeita à **participação** dos interessados, com a utilização de todos os instrumentos previstos nas normas legais e administrativas, tais como as audiências públicas, as consultas públicas e a audiência de conselhos consultivos instituídos especialmente para veicular a participação multi-setorial. Enfim, com a satisfação das condições legitimatórias.

A **legitimidade finalística**, por fim, mas nem por isso menos importante que as demais, é satisfeita quando os **resultados** pretendidos pela decisão regulatória são **efetivamente alcançados**, integrando a legitimidade.

O REQUISITO DA FORMALIDADE

Ora, como a legitimação corrente se realiza pelo **processo**, é claro que a formalidade processual regulatória tem grande destaque, pois como se verá, com ela se cumpre um dos requisitos que confere a necessária **democraticidade** à regulação (assim entendida como qualidade do que é democrático).

O processo regulatório obedece aos princípios e regras gerais bem conhecidos, da Lei federal do processo administrativo[6], a que se acrescem normas procedimentais específicas criadas pela lei regradora atinente a cada agência, sendo que a sua própria norma reguladora, de caráter geral e abstrato, poderá prever um **terceiro grau**, administrativo, portanto, de procedimentos complementares especiais, cuja observância será sempre devida e não poderá ser dispensada por norma reguladora singular, senão que da mesma natureza.

5 - O FALSO DISCURSO DO DEFICIT DEMOCRÁTICO DA REGULAÇÃO

Toda essa peculiariedade da instituição regulatória, no Brasil, como, de resto, no mundo, tem suscitado debates com relação ao que se tem denominado de déficit democrático (1) dos **órgãos** e **agentes** reguladores, agravado por um déficit democrático (2) do **processo** de tomada de decisão e (3) do déficit democrático de seu **controle**.

Não obstante, a insistência na existência desse suposto déficit trata-se de outra perplexidade, a somar-se às que se examinou, em razão de uma óptica anacrônica que ainda se tem das instituições de Direito Público, considerando uma aparente falta de legitimidade das agências, enquanto **órgãos**, e de seus membros deliberantes, enquanto **agentes públicos**, bem como de seu **processo decisório** e, finalmente, do **controle** de suas deliberações.

O DEFICIT DEMOCRÁTICO QUANTO AOS ÓRGÃOS E AGENTES

Bem à semelhança dos demais equívocos já apontados, que surgem à conta dessa percepção estritamente juspositivista, acoima-se de ilegítimos as **agências** e os **agentes** porque, primeiro, no caso daqueles **órgãos**, a criação de **entes independentes** no sistema administrativo os excluiria do sistema e, portanto, os subtrairia da direção superior da administração pública, atribuição do Chefe do Poder Executivo (art. 84, II, CRFB) e, segundo, no caso desses **agentes**, para desempenharem essas **funções independentes**, todos padeceriam de **ilegitimidade originária**, *usque titulum*, pois que suas investiduras não decorrem de uma **escolha eleitoral** democrática.

[6] Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Ora, a criação das agências reguladoras em todo o mundo se lhes atribui uma **personalidade jurídica** própria, que, no caso do Brasil, é de natureza pública, pois que legalmente capituladas como **autarquias** especiais, o que as insere na **administração pública indireta** (art.37, *caput* e inciso XIX, CRFB), não sendo o caso, portanto, pelo menos entre nós, de aludir-se a uma absurda exclusão das agências do sistema administrativo.

Do mesmo modo, no direito constitucional brasileiro, os agentes administrativos não necessitam de **investidura eletiva** para legitimarem-se *usque titulum*, pois que reservada esta apenas aos **agentes políticos** dos legislativos e dos executivos federal, estaduais, distrital-federal e municipais, estando excluídos os que receberem provimentos efetivos ou em comissão (art.37, II, CRFB).

Acresce que a investidura eletiva não é a única via constitucional de legitimação de agentes políticos, pois Ministros de Estado, Magistrados de Tribunais Superiores e de Tribunais Estaduais, bem como membros dos Tribunais e Conselhos de Contas são providos por **escolha**, e não por sufrágio eletivo, e providos por ato administrativo de nomeação, bem como, para todos os demais magistrados e membros das funções essenciais à justiça também é dispensável a escolha eletiva, providos, que são, por atos de nomeação, após aprovação e classificação em concursos públicos.

O DEFICIT DEMOCRÁTICO NO PROCEDIMENTO

Aqui se acoima o **processo regulatório** de **ilegitimidade corrente**, uma vez que não atenderia suficientemente aos condicionantes de publicidade e de impessoalidade, o que tornaria órgãos e agentes suscetíveis influenciáveis a ponto de tornar inevitável a captação da agência por interesses particulares das **empresas** reguladas, por interesses dos **usuários** dos setores regulados ou pelo próprio **governo**.

Ora, o que assim se ataca não é a instituição em si, mas o seu funcionamento viciado. Se há **deficiência** na publicidade, **parcialidade** nas decisões ou na **captação** das agências, não será por defeitos intrínsecos à instituição, pois que tais desvios podem ocorrer, de resto, em qualquer outra, não importa qual, mas (1) por **defeitos procedimentais** atinentes à condução dos processos e (2) por **deficiências pessoais** dos que neles estejam envolvidos em posição de responsabilidade.

O antídoto para esses desvios de conduta não será outro que propiciar a máxima **abertura** possível aos processos regulatórios, bem como à escolha dos agentes reguladores e ao controle de seus atos, sempre admitindo amplamente a participação da sociedade e, de modo especial, a dos interessados.

Além disso, será também esta **participação processual** o caminho para o **contínuo aperfeiçoamento** da instituição da regulação de setores críticos, para

uma paulatina substituição da decisão administrativa unilateral pela decisão administrativa plurilateral, tomada por acordo entre as partes.[7]

Este discurso sobre o deficit democrático leva necessariamente ao tema do controle, como último assunto de que se ocupará esta exposição, com ênfase no **controle social**.

6 - AS MODALIDADES DE CONTROLE E PARTICULARMENTE A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE SOCIAL NA REGULAÇÃO

Adiante-se, por questões de método, uma breve **classificação** do **controle** da regulação, repassando-o, ainda que aligeramente, para nele situar o tema do **controle social**.

Tal como na Administração Pública em geral, começa-se por distinguir o **controle interno** exercido pela própria Agência, do **controle externo**, exercido por outros órgãos do Estado e pela Sociedade.

CONTROLE INTERNO

É o controle mais amplo, de caráter hierárquico, exercido no âmbito da própria agência, por seus órgãos internos. São de dois tipos:

1. O CONTROLE ADMINISTRATIVO PLENO

   Exercido pelos órgãos da administração ativa da agência.

2. O CONTROLE JURÍDICO

   Exercido pela Procuradoria da agência.

CONTROLE EXTERNO

É o controle setorizado, exercido por órgãos do Estado e pela Sociedade, com diversas naturezas e com distintas finalidades.

1. CONTROLE POLÍTICO PELO CONGRESSO

É um amplíssimo controle, que se exerce na forma do art. 49, X, da CRFB, por qualquer casa legislativa competente, por meio de requisições, relatórios ou outras modalidades **fiscalizatórias**, podendo, inclusive, adotar uma modalidade **corretiva**, que é a suspensão da eficácia de atos reguladores de

[7] Esta é uma das tendências apontadas no I Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha, registrada no livro ***Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo - Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría***, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, no artigo: ***Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual em España***, ps 363 a 382.

natureza normativa de agência que exorbitem do âmbito da delegação implícita na deslegalização técnica setorial (art. 49, V).

2. CONTROLE POLÍTICO PELO PODER EXECUTIVO

Como as políticas públicas são executadas pelo governo, como um todo, é fora de dúvida de que há um controle implícito sobre o seu cumprimento por parte das agências reguladoras, pois, não obstante sua independência funcional, é certo que **integram** o ramo executivo,como entes da administração pública indireta.

3. CONTROLE ADMISTRATIVO PELO PODER EXECUTIVO

É um controle hierárquico impróprio que se impõe sobre todas as autarquias, com fundamento no art. 84, II, CRFB, para verificar o cumprimento da Constituição e das leis bem como das metas e das diretrizes gerais, podendo adotar efeitos **corretivos** quando se trate de violações constatadas.

4. CONTROLE JURÍDICO DE FISCALIZAÇÃO E DE PROMOÇÃO AFETO AO MINISTÉRIO PÚBLICO

É o controle de fiscalização que diz respeito à preservação da ordem jurídica e dos interesses sociais no que toda à ação reguladora, podendo valer-se do elenco das funções institucionais próprias, previstas no art. 129 da CRFB.

5. CONTROLE CONTÁBIL, FINANCEIRO, ORÇAMENTÁRIO, OPERACIONAL E PATRIMONIAL DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE, ECONOMICIDADE E DE RESULTADOS EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

È controle de **fiscalização**, cometido aos tribunais e conselhos de contas, referido aos parâmetros acima, que se estende à aplicação de **sanções** individuais aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas e com cominações **corretivas**, voltadas à sanação de ilegalidade (art. 71, e seus incisos).

6. CONTROLE JURÍDICO PELO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição reserva ao Poder Judiciário, por cláusula geral de garantia, a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CRFB), de modo que as autarquias reguladoras, bem como seus agentes, sempre que for o caso, responderão administrativa, civil e penalmente perante seus órgãos judicantes competentes.

O Judiciário, tal como hoje atua com relação à **discricionariedade**, prescrutando-lhe a juridicidade plena do mérito, pode e deve investigar também amplamente a juridicidade do **preenchimento do espaço decisório deslegalizado** por atos regulatórios, portanto, quanto à sua legalidade, legitimidade e licitude, o que vale dizer que, dado o paralelismo do sistema da jurisdição única, comum aos Estados Unidos da América e do Brasil, pode ser

comodamente aplicada entre nós a chamada doutrina do *hard look review*, desenvolvida nas cortes norte-americanas a partir do *Administrative Procedure Act,* de 1996, para assegurar a **juridicidade do processo regulatório**, principalmente contra o **arbítrio** e o **exercício do voluntarismo decisional**, mediante a **abertura do exame de razoabilidade** e de **proporcionalidade**, ponderando entre as vantagens e desvantagens de uma determinada regulação relativamente aos direitos fundamentais, com vistas a anulá-la ou a remetê-la à agência para corrigi-la.

7. CONTROLE SOCIAL

O **controle pela cidadania**, tanto o exercido individualmente pela participação dos cidadãos, quanto o exercido coletivamente pelos entes civis de sua criação, em particular as associações especificamente voltadas a essa modalidade de atuação, não apenas concorre, como se expôs, para a **legitimidade corrente** da atividade da regulação, pela fiscalização desenvolvida em paralelo com a participação decisória, como é fundamental para a sua **legitimidade finalística**, pela fiscalização dos **resultados**.

Pode-se mesmo afirmar que será o desenvolvimento dessa atividade de **controle social**, descentralizando e capilarizando a atividade participativa cidadã, que poderá concorrer ponderavelmente para o futuro da regulação no País, uma vez que não somente atua, como foi exposto, para a **legitimação da atuação das agências reguladoras**, como para a própria **legitimação do instituto da regulação**, pela maturação da *oppinio necessitas* popular sobre sua eficiência, dentro do sistema da administração pública brasileira.

Este passa a ser, pois, um tema relevante de nosso tempo: uma experiência juspolítica de ponta a suscitar um grande desafio pedagógico a ser enfrentado. Com efeito, tanto sob a perspectiva da **lei posta** quanto sob a perspectiva do **direito aplicado**, a participação cidadã no Brasil ainda tem pela frente um longo caminho, para alcançar-se o nível logrado nas democracias mais avançadas.

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO REGULATÓRIO PARTICIPATIVO POSTO

Quanto ao **direto posto**, chega a ser surpreendente a desigualdade do tratamento da participação, em geral e do controle social, em especial, nas leis instituidoras de setores regulados, desde a criação da pioneira *Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL*, pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, até a última a ser criada, *a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC*, pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.

Nessa relação, que se vai ampliando nos quase dez anos da introdução do instituto, encontram-se até agências bastante defectivas na previsão de instrumentos participativos, como, por exemplo mais preocupante, a importante *Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.*

Apenas para dar uma idéia da dificuldade em prosperar a idéia da participação e do controle social, entre as oito primeiras agências criadas, entre 1996 e 2001, apenas quatro tinham legalmente prevista a participação, ou seja dessas apenas quatro se podiam considerar, sob este critério, como uma agência reguladora legitimamente plena.[8]

Há, todavia, um Projeto de Lei nº 3.337/2004, que torna obrigatório **para todas as agências** o **processo decisório participativo**, com a realização de consulta pública para validar qualquer deliberação sobre questões relevantes (arts. 2º a 5º), prevendo ainda outros meios participativos (art. 6º) e generalizando a ouvidoria aberta, como instrumento de **controle social**. Lamente-se que, mesmo em regime de urgência, este projeto tão importante já espere dois anos para ser votado pelo Congresso.

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO REGULATÓRIO PARTICIPATIVO APLICADO

Quanto ao **direito aplicado**, igualmente se mostra ainda muito **problemática** a utilização dos instrumentos participativos existentes, notadamente os de **negociação**, um instituto novo e reputado como **estranho** às práticas das Administrações Públicas do País, acostumadas à atuação unilateral e imperativa.

Mesmo considerando as já modestas previsões legais existentes, realmente é muito **escassa a participação efetiva**: tanto a dos **cidadãos**, individualmente considerados, quanto a das **entidades** privadas. É claro que essa abulia tem sua raiz nos velhos hábitos paternalistas, que distanciavam o Estado da sociedade, e, conseqüentemente, do desinteresse oficial na educação cívica das pessoas. Mesmo hoje, é difícil a compreensão do grande público do que modernamente se entende como um **Estado de Serviço**.[9]

Talvez a exceção, por certo alentadora, com vistas ao futuro da instituição, seja a telefonia, um setor em que todo tipo de controle social tem sido amplamente empregado e no qual se tem registrado sensíveis avanços na mobilização da sociedade, o que se observa não apenas quanto aos usuários, mas quanto às empresas e entidades organizadas para a defesa de direitos.

7 - À GUISA DE CONCLUSÃO GERAL

A MENTALIDADE REGULATÓRIA

Parece claro que a experiência da regulação entre nós, como sucedeu alhures, presta-se a passar por contestações e até por crises, o que, afinal, é previsível, dada a modernidade do instituto, mas o certo é que graças a ela se está auspiciosamente despertando uma **nova visão**, não só no âmbito do governo como no de toda a sociedade, sobre temas sensíveis de nosso tempo,

[8] Fonte: do Autor, ***Direito Regulatório,*** Rio de janeiro, Ed. Renovar, 2003, ps. 192 a 199.
[9] GIANCARLO SORIANO, ***Diritti e partecipazione nella amministrazione di resultato***,.Napoli, Ed. Scientifica, 2003, *passim*.

tais como a **desburocratização**, a **impessoalidade**, a **negociação pública de interesses**, a preocupação com a **eficiência** e com os **resultados** e, destacadamente, com as extraordinárias possibilidades abertas pelo **controle social**.

Como já se adiantou, tudo tem a ver com a própria visão que as pessoas têm do Estado e de sua relação com a sociedade, tal como expressa precisamente ÁNGEL MANUEL MORENO MOLINA na seguinte passagem: "*A atividade administrativa de 'regulação' expressa uma determinada concepção da relação entre o Estado e a Sociedade, em especial no campo da Economia*",[10] pois, acrescente-se, sem conceber um **Estado de Serviço**, quem hoje deveria ser e comportar-se como um **cidadão**... ainda continua um **súdito**.

ESGOTANDO AS POSSIBILIDADES DA NEGOCIAÇÃO

A **sociedade**, não como massa tutelada e mero objeto de manobra política de Estados e governos, mas como senhora e beneficiária de sua atuação, passou a ser a **protagonista** da cena política.

Com essa evolução, a tradicional **ação coercitiva** desenvolvida tradicional pelo Estado cede, pouco a pouco, um espaço à **ação consensual**, tanto no campo do contrato quanto no campo da convenção, valorizando as possibilidades da **negociação pública de interesses**, desvendando um futuro rico de possibilidades de coordenação de esforços e de meios aberto à Administração Pública.

PARA ENCERRAR, UMA CONCLUSÃO AUSPICIOSA NO QUE ATINE AO CONTROLE SOCIAL: É PRECISO CONFIAR NAS INESGOTÁVEIS POTENCIALIDADES DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Os cenários positivos se tornam auspiciosamente mais prováveis, mesmo tão distanciados que nos encontramos da prática de uma efetiva **democracia substantiva**, sempre que se leva em consideração, de um lado, as possibilidades abertas pela **era das comunicações**, de educar e de levar a mensagem cívica a uma grande quantidade de pessoas, e, de outro lado, as potencialidades **do próprio homem**, intrínsecas ao **senso comum**, por ser o mais *comum dos sensos*...

E, com essa invocação de THOMAS PAYNE, só resta realçar, para concluir, com confiante destaque e sempre revivida esperança, as imensas possibilidades abertas pelo **viés pedagógico da democracia** e, implicitamente, com especial destaque, o papel **pedagógico dos profissionais do Direito**, notadamente do **Advogado de Estado**.

Deixa-se essa alusão à advocacia de Estado porque a seus profissionais, em seu ministério independente, como titulares de **função constitucional essencial à justiça**, cabe atuar capilarmente sobre a administração pública em

[10] ÁNGEL MANUEL MORENO MOLINA, ***La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica***, Madri, Universidade Carlos III, 1995, p. 85.

geral, e, em especial, sobre a administração regulatória, **participando em todas as etapas administrativas** - da formulação, da negociação, da ponderação, da decisão, da fiscalização e da sustentação judicial, se necessário - exercendo a missão acrescida de **mestre informal da convivência cidadã** e de **primeiro guardião do Direito** nas relações de poder.

Valha, o professar dessa confiança, como arremate desta exposição.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A REGULAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA NOVA HERMENÊUTICA. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 4, n. 13, abr./jun. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.

Conferência de encerramento pronunciada no ***III FÓRUM BRASILEIRO SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS***, realizado em Brasília, DF, sob a Coordenação Científica dos Professores PAULO MODESTO e MARCOS JURUENA, nos dias 3 e 4 de abril de 2006.