Número 24 – novembro/dezembro/janeiro - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

DEVIDO PROCESSO DA REGULAÇÃO: O ENCONTRO ENTRE O DIREITO FLEXÍVEL E A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL ADMINISTRATIVA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Marcelo Pires Torreão
Professor do Iesb do Curso de Ciências Jurídicas da UniCeub.
Pós-graduado em Direito da Regulação e Defesa da Concorrência pelo UniCeub. Advogado em Brasília.

1. O Direito Flexível na Regulação

O conceito amplo de regulação compreende o conjunto de medidas capazes de influenciar os setores regulados, de acordo com o direcionamento econômico politicamente desejado. Os atos de regulação devem ser maleáveis para permitir a adequação das medidas reguladoras à dinâmica dos direcionamentos estatais e das modificações tecnológicas. A essência da atividade reguladora enquadra-se, assim, no entendimento denominado de **Direito Flexível**.

Essa nova forma de pensar jurídico foi desenvolvida no direito comparado. No sistema norte-americano, denomina-se essa compreensão de *Soft Law* (Direito Suave, em tradução literal) ou de *Soft Norm* (Norma Suave, em tradução literal)[1]. Na doutrina francesa, esse pensamento é conhecido como *Droit Mou* (Direito Mole, em tradução literal), *Droit Flou* (Direito Fluido, em tradução literal), *Droit Doux* (Direito Doce, em tradução literal) ou *Droit Souple* (Direito Flexível, em tradução literal)[2].

[1] REDGWELL, Catherine. International Soft Law and Globalization *In Regulation Energy and Natural Resources*. Coordenação Barry Barton. New York: Oxford University Press, 2006, p. 92.

[2] CHEVALLIER, Jacques. Ed. vers un droit postmoderne? *In Les transformations de la regulation juridique*. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1998 *Apud*

Na literatura italiana, utiliza-se a expressão *Diritto Mitte* (Direito Moderado, em tradução literal)[3]. Nos países língua espanhola, atribuem-se os títulos de *Derecho Dúctil* (Direito Dúctil, em tradução literal) ou de *Derecho Flexible* (Direito Flexível, em tradução literal) a esse pensamento[4].

No direito brasileiro, embora essa percepção ainda seja pouco conhecida, a escassa literatura pátria costuma traduzir a referida doutrina como Direito Flexível, Direito Maleável ou Direito Fluido. Tal inspiração aplicada às agências reguladoras compreende os institutos jurídicos de forma ampla e capaz de adaptação às necessidades exigidas para o exercício eficaz das atividades de regulação.

Ao tratar o direito como fenômeno social, plural e mutável, a maleabilidade jurídica fornece modelos, quadros e princípios direcionados ao exercício da atividade reguladora. Na doutrina, Salem Hikmat Nasser afirma que o Direito Flexível consiste em um "direito diferente, mas ainda assim direito", e assim prossegue o referido autor:

> "Seu foco está na descrição mais acurada possível dos regimes regulatórios, entendidos estes de modo mais genérico, como ordem internacional ou governança, ou de modo mais específico, segundo as áreas de interesse, como meio ambiente, comércio [...] Em alguns casos, há uma preocupação com o conjunto amplo de normas ou técnicas regulatórias, incluindo aquelas produzidas pelos Estados e também todas aquelas devidas à ação dos demais atores sociais, ou seja, com a noção genérica de governança. Em outros casos, a atenção está voltada mais claramente para o comportamento dos Estados, mas com a consideração subjacente de que analisar a regulação produzida por estes em termos de uma dicotomia direito/não direito é insuficiente para explicar a realidade social e a riqueza regulatória. Seria, portanto, necessária uma verdadeira reformulação da compreensão do fenômeno jurídico, para que este incorpore novas modalidades."[5]

CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 37: "Abordando o novo contexto, o francês Jacques Chevallier utiliza termos que até então não se faziam correntes nos textos que tratam do estado moderno, entre os quais se fala em pós-modernidade, antimodernidade, hiper-modernidade 'Droit mou' (direito mole/flexível) e 'Droit flou' (direito fluído)".

[3] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, p. 16.

[4] INDA, Andrés García. *Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad*. Texto apresentado como projeto para o provimento de vaga para professor titular de Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica da Universidade de Zaragoza, 2000, p. 242.

[5] NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo Sobre a Soft Law*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26 e 27. Sob outro ângulo: "Segundo Claude-Albert Colliard, trata-se de 'um problema da moda': 'antigamente havia o direito e o não-direito. Era como o preto e o branco. Havia uma separação absoluta e nenhuma osmose. Hoje, e em muitas disciplinas, se distingue o direito, o pré-direito, o para-direito, etc., às vezes até se empregam palavras anglo-saxônicas: se fala de *soft-law*, de *hard-law*. Tudo isso é intelectualmente muito interessante, mas revela as dificuldades e talvez a riqueza de um mundo que não se adapta bem a classificações muito rígidas'". COLLIARD, Claude-Albert. *Les Autorités Administratives Indépendantes*. Paris: PUF, 1988, p. 258 e 259 *Apud* ARAGÃO,

Passível de adaptações, esse modelo acompanha os avanços do conhecimento e as multifaces do direito globalizado[6]. O Direito Flexível é progressivo, adequado aos setores de conhecimento especializado, em razão da possibilidade de ajuste aos critérios técnicos dos setores regulados. Por ser menos burocrática e mais eficiente, essa modalidade jurídica prevalece nos campos das comunicações, dos transportes, do saneamento, do meio ambiente, dos recursos naturais e das tecnologias especializadas[7].

O direito visto de forma fluída é mais indicativo que determinante. Na seara normativa, por exemplo, estimula-se a produção de regras de conteúdo aberto — leis-quadros (*lois-cadre* ou *standarts*) — com espaço para que os entes especializados concluam o aperfeiçoamento administrativo, seja por meio da edição de outras normas complementares, seja pelas decisões a serem adotadas diante de situações concretas[8]. Dessa forma, as disposições programáticas da legislação aberta direcionam, prevêem, estimulam e autorizam uma margem de criatividade e de decisão eletiva para o agente regulador no respectivo campo regulado.

Além da amplitude na edição normativa, o Direito Flexível objetiva incitar o uso de fontes jurídicas alternativas às leis, como princípios, tratados, resoluções e convenções[9]. Ademais, a essência pluralista da maleabilidade jurídica prestigia a participação social no exercício das funções administrativas. O Direito Fluido aconselha que o exercício da regulação seja pulverizado entre administrados e administradores e seja controlado pelas empresas reguladas e pelos usuários.

Da mesma forma, sob o prisma da maleabilidade jurídica, as agências reguladoras ganham atuação mais abrangente e diversificada. Nesse contexto foi conferida a possibilidade de exercício de atos variados, como normativos, fiscalizadores, decisórios, condutores, autorizadores etc. Na esfera

---

Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36.

[6] Cabe breve referência ao recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu, no ordenamento pátrio, a validade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, o que demonstra a tendência flexível no Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão publicado no dia 05/06/2009.

[7] INDA, Andrés García. *Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad*. Texto apresentado como projeto para o provimento de vaga para professor titular de Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica da Universidade de Zaragoza, 2000, p. 242. Com referência ao setor de tecnologia da informação, o Autor trata desse fenômeno como a "capacidade de mudar as regras sem destruir a organização", hábil a "substituir a estrutura burocrática por uma organização mais flexível e maleável". Tradução livre do original escrito em espanhol: "*La flexibilidad - esto es: la posibilidad de cambiar las reglas sin destruir la organización [...] sustituir la estructura burocrática por una organización más flexible y maleable*".

[8] *Ibidem*, p. 243. Trata-se de discricionariedade eminentemente técnica dentro da específica área regulada, respeitados eventuais limites impostos pela lei ou pela constituição.

[9] "A regulação alcança um campo mais extenso do que o próprio direito na medida em que utiliza outros direitos além da lei, tais como contratos, consensos, cartas etc. O direito também é visto de forma transitória, na medida em que sua duração varia de acordo com as necessidades e circunstâncias. Sua existência fica condicionada à sua efetiva utilidade". CHEVALLIER, Jacques. Ed. vers un droit postmoderne? *In Les transformations de la regulation juridique*. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1998 *Apud* CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 39 e 40.

judicante, a atividade reguladora maleável estimula as soluções amigáveis, negociações, pactos, mediações e arbitragens. Prevalece o caráter educativo ao repressivo, com a finalidade de reduzir a existência de conflitos, mas sem excluir a aplicação de sanções[10].

Vale ressaltar, todavia, que a fluidez do direito não pode tornar ineficaz a estrutura jurídica em que está inserida[11]. O objetivo é do Direito Fluido é justamente o oposto: permitir o fortalecimento das cláusulas jurídicas de maior relevância por meio da flexibilidade dos demais atos complementares.

O Direito Moderado estabelece limites para as liberdades e, a partir desse ponto, fixa responsabilidades, resguarda obediência às normas e imprime sanções. A legislação aberta, o estímulo aos procedimentos participativos e a resolução célere de conflitos apenas fazem sentido se compreendidos no campo de uma composição estrutural de direito. Assim, a flexibilidade representa uma leitura coerente a respeito de normas e conceitos, em essência, plenamente jurídicos. A dogmática fluída, jurídica e constitucional, foi bem tratada por Gustavo Zagrebelsky nos seguintes termos:

> "Na falta de melhor expressão, defendi em outra oportunidade a exigência de uma dogmática jurídica 'líquida' ou 'fluida', que pode conter elementos do direito constitucional de nosso tempo, ainda que sejam heterogêneos, agrupando-os em uma construção necessariamente não rígida que dê espaço às combinações que derivem não mais do direito constitucional, mas sim da política constitucional. Trata-se do que se poderia chamar de instabilidade das relações entre os conceitos, consequência da instabilidade resultante do jogo pluralista entre as partes, que se desenvolve na vida constitucional concreta."[12]

Em sinergia, direito e maleabilidade são capazes de direcionar os institutos jurídicos a um caminho mais célere, lógico e objetivo (caminho estudado no direito norte-americano como de *hard* para *soft law*, ou seja, de

---

[10] "As penalidades podem ser distribuídas pela administração pública [...], resultar de práticas de mediação e de arbitragem [...] O próprio Estado deseja a expansão dessas justiças alternativas, para desobstruir as jurisdições tradicionais". ROULAND, Norbert. *Aux Confins du Droit: Nos Confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7 e 10.

[11] Bem afirma Norbert Rouland que "o direito não deve diluir-se excessivamente, sob pena de já não poder cumprir a função de modelo a que almejamos. Assim também, as formas não são vãos artifícios, mas pontos de referência". *Ibidem*, p. 15.

[12] Tradução livre do seguinte original escrito no idioma espanhol: "*A falta de una expresión mejor, he defendido en otro lugar la exigencia de una dogmática jurídica 'líquida' o 'fluida' que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. Se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta*". ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Trotta, p. 17.

rígido para fluído)[13]. Elucidativo é o exemplo do Poder Judiciário em permitir a participação da sociedade por meio das audiências públicas (direito tipicamente maleável, por seu caráter processual participativo) no julgamento de matérias de relevante interesse social, em vez de restringir a aplicação do direito apenas aos magistrados (concepção rígida do direito tradicional)[14].

Na mesma linha, as medidas realizadas com a finalidade de auxiliar a elaboração dos futuros Código de Processo Civil, de Processo Penal e de Direito Eleitoral[15], bem como o referendo realizado sobre a comercialização de armas de fogo[16], representam a realização de um ato normativo de forma flexível, quando comparada com o rígido entendimento de que apenas ao Poder Legislativo competiria a tarefa de criação de normas.

Não, todavia, há um único caminho para a evolução dos sistemas jurídicos: de fluídos para rígidos ou vice-versa. Na verdade, essas orientações são complementares, conforme se observa da lição trazida por Catherine Redgwell:

> "Uma das características dos defensores do direito flexível é uma rejeição da 'distinção rígida entre a lei e a não-lei (preto e branco)', com o direito maleável desempenhando um importante papel na 'área cinza' com impacto potencialmente significativo sobre a 'área branca' das regras compulsórias [...] Não existe uma sequência contínua e precisa do direito 'flexível' para o direito 'rígido': ambas as formas e os conteúdos são relevantes para dar sentido de uma obrigação legal ou de um grau de 'indução ao cumprimento' e normatividade relativa [...] Tampouco as formas rígidas e as flexíveis são mutuamente exclusivas: pode-se bem observar uma aproximação incremental na combinação entre iniciativas reguladoras e voluntárias. Reforça esse argumento o exemplo da Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado [para a comercialização de substâncias químicas e agrotóxicos perigosos], que surgiu a partir do direito flexível contido nos anteriores PNUMA [Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente] e Código da FAO [Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação]. O direito

[13] "De *soft-law*, essas regras avançam no sentido de se transformarem em *hard-law*, e, por corolário, obrigatórias e dotadas de maior sanção [...] Por isso mesmo, pode-se reconhecer que está havendo uma transição das normas de *soft-law* para *hard-law*". FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Significado de soft-law. *In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região*. Volume 28. Número 54. Belém: Tribunal Regional do Trabalho, 1995, p. 19.

[14] Alguns exemplos de recentes audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal: a) fornecimento estatal de medicamentos não listados no Sistema único de Saúde (SS 2361); b) interrupção de gravidez em casos de anencefalia (ADPF 54); c) importação de pneus usados (ADPF 101); e d) pesquisas científicas com base em uso de células-tronco (ADI 3510).

[15] Atos do Presidente do Senado Federal de números 17/2008, 379/2009 e 192/2010, referentes às comissões responsáveis pela elaboração dos novos Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e Código Eleitoral, respectivamente. Além das audiências públicas, permitiu-se a participação da sociedade, por meio da rede mundial de computadores, para o envio de contribuições aos textos dos novos códigos.

[16] Decreto Legislativo nº 780, de 2005, da Presidência do Senado Federal.

> flexível raramente se coloca só — é um precursor de, ou complementa, o direito rígido."[17]

Com base na flexibilidade jurídica, a compreensão que se pretende alcançar neste trabalho parte de uma reflexão multidisciplinar, originada da fusão entre elementos do Direito Processual e do Direito Regulador[18]. Ao transcender os limites que demarcam uma e outra disciplina, cria-se uma inovação de lógica própria[19]. Esse é o cenário para se inferir a existência de regras processuais da regulação. As disposições processuais na esfera da regulação podem surgir com caráter amplo (disposições abertas, como *standarts*, por exemplo), em um contexto amplo e maleável. Essa maleabilidade é fundamental para o exercício das funções reguladoras, incluídas as de natureza eminentemente processual. Presencia-se, assim, a relação da atividade reguladora com o processo instrumental, que culmina no surgimento do que se ousa chamar de um Devido Processo Regulador a ser analisado nesta oportunidade.

2. Breve histórico do processo e da identidade com a regulação

A origem do Direito Processual desperta controvérsia doutrinária. Não obstante a tese da **monogênese** da processualística, segundo

---

[17] Tradução livre do seguinte original em inglês: "*One of the characteristics of the proponents of soft law is a rejection of the 'black-and-white distinction between law and non-law' with soft law playing an important role in the 'gray area' with potentially significant impact on the 'white area' of binding rules […] There is not a precise continuum from 'soft' to 'hard' law: both form and content are relevant to the sense of the legal obligation or degree of compliance pull and relative normativity […] Nor are the hard and soft forms mutually exclusive: one may well observe an incremental approach of combining regulatory and voluntary initiative. The example of the PIC Convention emerging from the prior soft law UNEP Guideliness and FAO Code mentioned above makes the point. Soft law rarely stands alone – it is a precursor to, or supplements, hard law*". REDGWELL, Catherine. International Soft Law and Globalization In Regulation Energy and Natural Resources. Coordenação Barry Barton. New York: Oxford University Press, 2006, p. 92 e 94.

[18] O próprio surgimento do Direito da Regulação decorre da ligação entre o Direito Administrativo e o Direito Econômico. Nesse sentido: SERVOIN, François. *Droit administratif de l'économie*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1996, p. 9 *Apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 72. Conforme: SCHWARTZ, Alan. The law and economics approach to corporate bankruptcy. *In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Coordenação Arnoldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57. O Processo Administrativo também resultou de elementos do Direito Processual e do Direito Administrativo. Da mesma forma, já foi estudada a relação entre processo e economia: RÊGO, Nelson Moraes. Da Interdisciplinariedade do Direito com a Economia ou pontos de diálogo científico em construção *In Advocacia Dinâmica*: Seleções Jurídicas, São Paulo: COAD, 2006, p. 30 e 31.

[19] "Diante dessas normas em crescimento pelo mundo, dessa hipernormatividade que caracteriza o modelo de inspiração, no entanto, liberal, uma nova lógica — lógica da internormatividade jurídica, poderíamos dizer — parece progressivamente implantar-se". DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou du droit: A imprecisão do direito: do Código penal aos direitos humanos*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005, p. 203 e 257.

a qual os institutos processuais teriam sido originados em Roma[20], não se pode negar o conhecimento de anteriores registros de um simplificado sistema processual. A partir da concepção da **heterogênese**, é possível compreender que as técnicas processuais nasceram e evoluíram de maneira diferenciada nas diversas sociedades, inclusive no período anterior ao do império romano. A título exemplificativo, as históricas sentenças gravadas em placas de terracota pelos sumérios e babilônios demonstram o domínio de temas processuais relevantes, tais como normas de julgamento, competência dos juízes, além da noção de jurisprudência decorrente da repetição de julgados semelhantes[21]. Na mesma linha, os hebreus, os assírios e os persas conheciam funções processuais do juiz na solução de litígios, bem como conciliações, prazos e recursos[22].

O Direito Processual trilhou sua própria evolução, desde a fase **sincrética**, quando o processo era entendido como simples desencadeamento de formalidades[23]; sucedendo-se o período **científico**, em que o processo foi compreendido como instituto de direito público, distinto da relação de direito material[24]; até a terceira fase **instrumental** (ou instrumentalista), na qual o processo foi concebido como ferramenta indispensável para alcançar os objetivos estatais e coletivos. Por meio da instrumentalidade, o processo passou a ser visto como responsável por propiciar uma tutela ampla, eficaz, segura, célere e acessível[25].

A fase instrumentalista é marcada por diversas inovações que representam o aperfeiçoamento dos institutos processuais. Essas novidades podem ser percebidas nos atos de ampliação do acesso à justiça para as classes menos favorecidas e na busca pela razoável duração do processo. A essas características, soma-se uma visão crítica e utilitária das normas processuais.

Para esta pesquisa, importa, em especial, a fase instrumentalista do processo, pois nela foi inaugurada a possibilidade de integração dos institutos processuais com os demais ramos jurídicos. A

---

[20] SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Volume 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38.

[21] PIMENTEL, Alexandre Freire. *A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico In Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Coordenação Eduardo Ferreira Jordão e Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 38 e 62.

[22] GONÇALVES, Willian Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23 a 28.

[23] AROCA, Juan Montero. *Evolución y Futuro del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis, 1984, p. 5. *Apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 8. No mesmo sentido: HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2006, p. 31.

[24] Esse período, também é denominado de autonomista, marcou os principais aprimoramentos dos estudos processuais. Conferir, entre outros: CARNELUTTI, Francesco. *Studio di Diritto Processuale*. Padova: Casa Editrice, 1925; e CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas: LZN, 2003, tradução de Ricardo Rodrigues Gama. No mesmo sentido, na doutrina pátria, conferir: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

[25] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 24 e 25.

processualística instrumental se revela como mecanismo propício ao alcance do bem-estar social, um dos objetivos também buscados pela regulação, ponto que revela a primeira e fundamental integração entre processo e regulação.

O pensamento instrumental confere maior dinamismo ao processo para adequá-lo às alterações políticas, tecnológicas, econômicas e sociais. A instrumentalidade do processo representa um movimento em defesa da justiça ampla, acessível, célere e crítica[26]. Para o enfoque desta pesquisa, a principal inovação trazida pela visão instrumental consiste em permear o processo em diferentes ramos jurídicos. Ao tratar da amplitude processual, Cândido Rangel Dinamarco ensina que "os processos estatais são jurisdicionais ou não, conforme se trate do exercício do conjunto de atividades a que se convenciona chamar jurisdição, ou de outra forma de manifestação do poder estatal"[27].

A instrumentalidade também admite que o processo seja mutável, capaz de acompanhar o desenvolvimento das necessidades sociais em constante evolução. Aqui reside outra semelhança entre a instrumentalidade do processo e a o direito flexível da regulação. A relativa atenuação das formalidades, para fins de prestigiar a aplicação eficaz do direito, também está presente no processo instrumental, tal como no direito maleável.

Compreendido como instrumento organizacional de equivalência de direitos, o processo se transmuta em verdadeiro fato social[28]. Por isso, o processo pode ser compreendido em uma significação variável, diversificada e capaz de se adaptar às inovações sociais, culturais e tecnológicas[29]. As palavras de Galeno Lacerda demonstram a ligação do processo com o conjunto social ao qual se encontra atrelado:

---

[26] "A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal – todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal – conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36.

[27] *Ibidem*, p. 74 e 75.

[28] Ver: SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 230 e 255; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1995, p. 147; e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre factdicidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 281.

[29] Em sentido conforme: PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In Revista Consulex*. Ano VIII, nº 184, Brasília: Consulex, 2004, p. 59: "as revoluções que têm sua raiz no progresso tecnocientífico, acelerado depois da Segunda Grande Guerra Mundial. São elas a revolução eletrônica, seguida pelas revoluções das comunicações, dos novos materiais, da biotecnologia, todas incorporando lógicas próprias que determinaram a hibridização das várias lógicas organizativas, as quais, por sua vez, influenciaram a mudança radical operada na ciência organizacional, com inevitável

> "Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural. Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como conjunto de vivências de ordem espiritual, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. Ele, na verdade, espalha uma cultura, serve de índice para uma civilização."[30]

Os novos pensamentos jurídicos também compreendem o processo como instituto vinculado às evoluções políticas estatais[31]. A política do Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal e a legislação de criação das agências reguladoras servem de parâmetros para novas adaptações dos institutos processuais na seara da regulação.

O processo é, dessa forma, responsável por delinear os limites e as liberdades das agências no desenvolvimento das atividades normativas, administrativas e judicantes da regulação. Também na processualística, residem as garantias dos sujeitos regulados e dos consumidores, a serem observadas nos atos de aplicação, criação e extinção de direitos pelos entes reguladores. Os atos administrativos, incluídos os reguladores, dependem do processo para alcançar validade jurídica, conforme explica J. J. Calmon de Passos:

> "Um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um. Parodiando Gadamer, ao afirmar que o 'ser' que pode ser compreendido é linguagem, também assevero que o processo (comunicação, palavra) nada mais é que a linguagem que dá concreção ao (pensamento) direito. E se o rigor terminológico é algo indissociável de qualquer saber com pretensões de racionalidade, portanto de respeitabilidade, esse rigor se faz muito mais exigente num saber, como o jurídico, quase que

---

repercussão sobre o Estado e o direito. Tudo isso denuncia a existência de um novo paradigma, a pedir seja repensado o que ontem tínhamos certeza".

[30] LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3 e 4.

[31] "Não há como se dissociar o direito obtido como produto da organização política da sociedade que o produz e do processo político mediante o qual as reduções de complexidade se efetivam nesse primeiro momento, macro político e macroeconômico. Nem pára aí o processo de produção do direito, pois ele prossegue numa segunda etapa, aquela que, no nível micro, deve ditar a norma reguladora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias". PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In Revista Consulex*. Ano VIII, nº 184, Brasília: Consulex, 2004, p. 62.

> totalmente constituído daquele conhecimento conceitual a que aludimos. Nele, precisão e rigor terminológico são essenciais. Faltando isso falta ciência do direito, substituída pelo discurso (no sentido comum da palavra) jurídico, totalmente desprovido de autoridade [...] Sendo assim, antes de o produto condicionar o processo é o processo que condiciona o produto. No nível macro, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política. E esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores."[32]

Portanto, para se alcançar o que se denomina de um Devido Processo Regulador, devem ser observadas duas premissas coexistentes: primeira, o processo é indispensável ao surgimento e à regularidade jurídica do ato regulador; segunda, o processo deve ser instrumental para se adaptar à flexibilidade própria das atividades reguladoras, de forma que estas sejam exercidas de maneira célere e eficaz. A problemática da processualística na regulação aproxima-se à polêmica do processo na esfera administrativa, próximo tema a ser analisado.

3. O Processo Administrativo

As primeiras impressões doutrinárias[33] reconheciam a existência de processo apenas na seara judicial, afastada a noção de processo na área administrativa. Essa idéia decorria da compreensão de que o exercício da jurisdição seria restrito ao Poder Judiciário, a quem competiria, portanto, o julgamento dos processos[34]. Segundo esse entendimento, o processo se encontrava no campo judicial, enquanto, na seara administrativa, existiriam simples procedimentos[35].

Pelo mesmo motivo, estudiosos da área administrativa dirigiam atenção exclusiva ao direito material e recusavam a possibilidade de existência de um processo administrativo. Augustin Gordillo, por exemplo, afirmava categoricamente que "a dicotomia 'jurisdição judicial' e 'jurisdição administrativa' não só implicará numa contradição lógica insuperável, mas será

---

[32] *Ibidem*, p. 59 e 62.

[33] Especialmente no período científico do Direito Processual.

[34] No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 12 e 13: "De início, a própria antecedência histórica dos estudos, pesquisas e aplicação das noções fundamentais do processo, no âmbito do processo jurisdicional, que é, então, seu arquétipo. Essa precedência levou ao enraizamento da idéia de processo monopolizada na função jurisdicional". Ainda hoje, comete-se equivocada interpretação acerca do processo e da jurisdição, com base na leitura descuidada do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[35] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81 e 82.

outro termo que sempre lançará dúvidas desnecessárias sobre a natureza da revisão judicial"[36].

Aos poucos, esse entendimento sofreu modificações e desencadeou na compreensão a respeito da existência da processualística não limitada ao Poder Judiciário[37]. Essa orientação moderna objetivava conciliar orientações e mesclar conhecimentos das áreas processual e administrativa. Na doutrina pátria, especial contribuição para a processualística aplicada à esfera administrativa foi trazida por Odete Medauar. Segundo a autora, o processo é dinâmico e reflete a passagem do poder em atos ou decisões, razão pela qual "processo existe no exercício da função jurisdicional, sobretudo, como sua figura arquetípica, e também na função legislativa e na função administrativa"[38].

Essa releitura permitiu visualizar a incidência dos institutos processuais nos demais poderes[39]. Na trilha das inovações, os processualistas reconheceram a identidade processual nos campos administrativo[40] e legislativo[41], além de compreenderem os elementos processuais como institutos jurídicos mutáveis[42].

---

[36] GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 157.

[37] AMARAL, Alexandra da Silva. *A importância de um Sistema Interno de Solução de Conflitos nas Agências Reguladoras*. *In Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Coordenação Leonardo Greco. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 7.

[38] MEDAUAR, Odete. *Processo Administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998, p. 11.

[39] "Se, num primeiro momento, indicamos como procedimentos os atos com os quais os órgãos estatais (os órgãos que legislam, aqueles que governam em sentido amplo, aqueles que aplicam justiça, e assim por diante), emanam, no âmbito de cada competência, normas obrigatórias". Tradução livre do seguinte original na língua italiana: "*se, in prima, approssimazione, indichiamo come provvedimenti gli atti com cui gli organi dello Stato (gli organi Che legiferano, quelli Che governano in senso lato, quelli Che rendono giustizia, e cosi via) emanano ciascuno nell âmbito della própria competenza, disposizioni imperative*". FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 7 *Apud* TEIXEIRA, Welington Luiza. A instrumentalidade técnica do Processo *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ano 7, Número 38, Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 33 e 34.

[40] MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 179 e 180.

[41] "Contemplados do ponto de vista da sua estrutura, existe uma unidade entre o processo parlamentar, o processo administrativo e o processo judicial. Todos eles apóiam-se, segundo esse ponto de vista, na necessidade de debate e de conveniência decorrente da exposição de idéias opostas para alcançar a verdade". Tradução livre do texto original em espanhol: *"Contemplados desde el punto de vista de su estructura, existe una unidad entre el proceso parlamentario, el proceso administrativo y el proceso judicial. Todos ellos se apoyan, desde ese punto de vista en la necesidad del debate y en la conveniencia que deriva de la exposición de las ideas opuesas para llegar a la verdad"*. COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 55 e 56 *Apud* CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo *In Revista de Processo*, Ano 15, Número 57, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p. 52.

[42] A título exemplificativo: "do conceito de jurisdição não se pode dar uma definição absolutamente válida para todos os tempos e para todos os povos [...] Mas o modo de formular esta vontade pode variar, segundo os lugares e segundo os tempos". CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 102 e 103. Semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. *In Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65 e 66.

Os novos pensamentos admitiram processo, jurisdição e ação como conceitos relativos, amoldáveis às inovações político-econômicas e passíveis de serem estudados em outras esferas jurídicas. Com essa interpretação, questões relacionadas ao contraditório, à competência, às provas e outras matérias tipicamente processuais passaram a ser analisadas também no tocante ao processo administrativo.

Ao mesmo tempo em que a doutrina processual modernista compreendeu a visualização do processo na esfera administrativa, os estudiosos da área administrativa começam a se interessar por temas processuais no âmbito da Administração Pública[43]. A disseminação desses institutos renovou conceitos tradicionais e permitiu o surgimento de diversas categorias processuais, a exemplo dos processos legislativo, fiscal, trabalhista, eleitoral, militar, orçamentário, licitatório, administrativo etc.

No Direito Comparado, regras processuais direcionadas à atividade da Administração Pública foram previstas em leis e códigos próprios. Assim ocorreu na Áustria, na Espanha e nos Estados Unidos[44]. No Brasil, quando o processo administrativo foi inserido no texto constitucional[45], existiam normas esparsas restritas a determinados setores, editadas nas esferas federal, estadual e municipal. Posteriormente, foi criada a Lei 9.784/99, conhecida como a Lei Geral do Processo Administrativo, que trouxe as principais linhas da processualística administrativa e deixou espaço para que outras regras processuais complementares fossem editadas nas áreas específicas.

A processualística administrativa é a base para o estudo do processo nas agências reguladoras. A partir da compreensão de que existe processo na Administração Pública, este trabalho prossegue um pouco mais para demonstrar a existência, bem como analisar as particularidades, do processo regulador, que vincula e antecede o surgimento dos atos da regulação.

4. O Devido Processo da Regulação

A existência de uma processualística na seara reguladora decorre de evolução do pensamento doutrinário e reflete a evolução do Direito Processual e do Direito da Regulação, além de refletir a conciliação entre concepções doutrinárias dos campos administrativo e processual. Neste

---

[43] MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41 e 42. Com entendimento análogo, Lucia Valle Figueiredo também defende a existência de processo na seara administrativa. Segundo a autora, procedimento representaria simples desencadeamento de atos necessários para o exercício das funções administrativas. O processo em sentido estrito seria aquele vinculado à possibilidade de existência de litígio ou contraditório. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 436.

[44] *Federal Administrative Procedure Act* e *United States Code of Administration*.

[45] A Constituição Federal fala em processo administrativo, nas seguintes oportunidades, entre outras: a) artigo 5º, LV; b) artigo 5º, LXXII; c) artigo 37, XXI; d) Artigo 41, § 1º.

trabalho, defende-se a harmonia entre o processo instrumental e a maleabilidade jurídica administrativa. Para comprovar essa assertiva, vale observar que o legislador nacional optou pela processualidade aberta[46] e pelo formalismo moderado[47] na Lei Geral do Processo Administrativo. A noção da processualística ampla e aplicada em diferentes ramos jurídicos é amparada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nestes termos:

> "O primeiro desses fenômenos prende-se ao conceito de processualidade ampla, no sentido de que na atividade estatal, embora não apenas nela, não basta disciplinar o ato que contém a manifestação de vontade, mas o processo, que é toda a sequencia de atividades que a ela conduzem. Neste sentido, o processo não é fenômeno restrito ao âmbito da manifestação da vontade do Estado no exercício da função jurisdicional, mas se estende, com idêntica importância, aos âmbitos de manifestação de vontade estatal no exercício de todas as advocacias públicas (que, no sentido amplo, abrangem todas as funções essenciais à justiça) [...] Uma vez assente a existência da processualidade administrativa, passa a ser facilmente assimilável a idéia matriz de sua pertinência e indispensabilidade ao exercício do poder, estabelecendo-se os correlatos princípios, preceitos e garantias apropriados às relações intersubjetivas que se estabelecem no processo."[48]

Nesta pesquisa, defende-se que a processualística aberta e flexível também deve ser adotada nas agências reguladoras[49]. Observe-se o exemplo da ANEEL, que, no artigo 7º, § 2º, da Lei 9.427/96, deixa espaço para que o contrato de gestão estabeleça os parâmetros dos processos administrativos[50]. Igualmente, no artigo 3º, incisos X e XI, da Lei que instituiu a ANATEL encontram-se as previsões amplas dos direitos de resposta e de

---

[46] "Analisando a Lei 9.784, vamos ver vários momentos em que o legislador deixou para a Administração Pública decidir, mas viu-se que essas decisões têm limites". GODOY, Sonia Maria de Pinho. *Legalidade, vinculação e discricionariedade: alguns aspectos da Lei 9784 de 29 de janeiro de 1999 In Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 183.

[47] Artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.874: "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados". Conforme: BORGES, Alice Gonzalez. Instrumentalidade das formas, controle interno e saneamento de irregularidades nas licitações e contratos públicos: contribuição à reforma da Lei 8.666/93. *In Revista Interesse Público*, Ano VIII, nº 36, Porto Alegre: Notadez, p. 27.

[48] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 200 e 201.

[49] De acordo: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 194 a 199.

[50] Artigo 7º, § 2º, da Lei 9.427/96: "Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia, os procedimentos administrativos, inclusive para efeito do disposto no inciso V do art. 3º, o contrato de gestão deve estabelecer, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho".

petição dos usuários de serviços de telecomunicações[51]. Deveriam ter sido previstas semelhantes disposições quanto a todas as demais agências reguladoras.

As fases necessárias à concretização dos atos de regulação consubstanciam-se como verdadeiro processo, sem o qual fica prejudicada a validade jurídica dos atos reguladores. Por esse motivo, observa-se a existência de uma processualística nas agências de regulação, especialmente tendo em vista que o processo serve para garantir que a flexibilidade reguladora não seja absoluta, mas delineada pelos princípios que assegurem o equilíbrio na formação do ato administrativo.

Para serem dotadas de eficácia plena, as decisões tomadas pela Administração Pública devem obedecer princípios e regras básicas do processo[52]. A regulação busca alcançar interesses públicos previamente definidos em lei, decorrentes de políticas estatais e de direcionamentos econômicos desejados. O processo indica o percurso por meio do qual serão atingidos esses objetivos[53]. Ao se compreender o processo como mecanismo de realização dos objetivos sociais e econômicos de um Estado Regulador, reforça-se, mais uma vez, a compatibilidade entre o Direito Processual e o Direito da Regulação[54].

A partir dessa visão pluralista, surge o que se intitula neste trabalho de um **Devido Processo Regulador**, pressuposto para o surgimento do ato de regulação. Assim, a processualística nas agências reguladoras representa a melhor forma de alcançar as finalidades sociais e econômicas de um Estado dinâmico e fundamentalmente regulador.

O ponto de encontro interdisciplinar consiste na instituição de regras processuais que delineiam a forma como será exercida a atividade reguladora. A processualística da regulação busca, portanto, auxiliar o direcionamento econômico segundo as políticas públicas e alcançar o bem-estar social, por meio do correto caminho a ser traçado no surgimento do ato de regulador.

---

[51] Artigo 3º, X e XI, da Lei 9.472/97: "O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor".

[52] GONÇALVES, Aroldo Plínio. O processo como técnica. *In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Volume 17, Número 2, Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 1991, p. 40. Cf. TEIXEIRA, Welington Luiza. A instrumentalidade técnica do Processo *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ano 7, Número 38, Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 35: "o processo é indispensável ao Estado Democrático de Direito, porque é através dele que a cidadania poderá ser exercitada sem limitações, uma vez que a lei e o ato estatal estarão submissos a fatores de correição. Só através dele, do processo, poderemos chegar a uma sociedade livre, igualitária e aberta".

[53] "O Direito é criado, formulado, para ser aplicado, e entre a sua ciência e os procedimentos adequados para sua aplicação deveria haver um indissociável liame, realimentado mutuamente, em razão de sua natureza, que o faz em permanente processo de construção". GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 27.

[54] Análogo: COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004, p. 50: "Além da relação com o direito constitucional, o direito processual guarda relação com outros ramos do direito, tal como os abaixo citados de forma exemplificativa: direito administrativo".

Dessa forma, o ato de regulação representa a conclusão das fases de um antecedente processo regulador, sem o qual inexistiria aquela regulação específica. Na doutrina, Elio Fazzalari esclarece a necessária antecedência do processo na formação dos provimentos estatais[55].

As agências reguladoras também estão sujeitas às disposições gerais da Administração Pública, especialmente no tocante ao princípio da legalidade[56]. Essa relevância corrobora a importância da defesa da processualística na esfera das agências reguladoras, especialmente sob o prisma do devido processo legal, que também deve ser observado na regulação.

Ao contrário do que se poderia imaginar à primeira vista, a atividade de regulação não surge mediante o simples desencadeamento de atos procedimentais, mas sim por meio da realização de um processo válido, que antecede e autoriza o nascimento e a regularidade jurídica do ato regulador. O processo estabelece as instruções para o exercício da regulação, de acordo com as orientações do devido processo legal e da legislação específica, além de conferir virtuosidades econômicas e jurídicas para as atividades reguladoras.

5. Fundamentos Econômicos para a Defesa do Devido Processo da Regulação

A processualística na regulação encontra justificativas econômicas. A compreensão dos institutos processuais é capaz de assegurar maior prestígio e eficiência às agências reguladoras, o que se reflete em um impacto positivo nas instituições. Efetivamente, a criação e o aprimoramento de instituições sólidas confere maior credibilidade e segurança às relações de mercado, qualidades esperadas pelos participantes econômicos[57].

As instituições promovem a eficiência econômica ao disponibilizarem informações confiáveis sobre as condições financeiras, além de bens e sujeitos dos mercados[58]. Por servirem como redutores dos riscos de mercado, as instituições

---

[55] FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, Tradução de Elaine Nassif, p. 33.

[56] Artigo 37 da Constituição Federal: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]".

[57] "Quatro lições principais emergem para a construção de instituições: 1) Projetá-las para complementar o que existe; 2) Inovar para identificar as instituições que funcionam; 3) Conectar as comunidades dos participantes do mercado por meio de fluxos de informações abertas e de comércio aberto; 4) Promover a competição entre competências, empresas e indivíduos". Tradução livre do seguinte original em inglês: "*Four main lessons emerge for institution building: 1) Design them to complement what exists; 2) Innovate to identify institutions that work; 3) Connect communities of market players through open information flows and open trade; 4) Promote competition among jurisdictions, firms, and individuals*". Cf. World Development Report 2002 Overview: *Building Institutions for Markets.* World Bank, Washington D.C., p. 2 e 3.

[58] "O que fazem as instituições? Elas canalizam as informações sobre as condições do mercado, bens e participantes. Definem e reforçam os direitos de propriedade e os

desempenham um papel incentivador nas relações econômicas[59]. Por essa razão, a observância das garantias processuais auxilia a regulação, fortalece as instituições e reduz os riscos das relações econômicas.

Amparadas em estrutura processual adequada, as agências ganham maior legitimidade, credibilidade e eficiência. Como instituições, mercados e governo estão atrelados em relação de interdependência, o reforço da legitimidade das agências reguladoras é capaz de reduzir os riscos de falhas de mercado e de governo.

Ao propiciar maior eficiência, equilíbrio e legitimidade às atividades reguladoras, a visão processual resulta, em grade parte, na redução de gastos e de custos de transação, especialmente pelo aumento da transparência das informações e pela redução de litígios[60]. A relação entre custos de transação e seus impactos institucionais está bem exposta na seguinte análise de Sérgio Varella Bruna:

> "A noção de custos de transação desempenha um papel central nessa nova linha de pensamento econômico. Os custos de transação podem ser genericamente conceituados como aqueles correspondentes às atividades de celebração dos contratos necessários ao exercício da atividade econômica, incorridos, destarte, *ex ante* ao estágio de produção propriamente dito, incluindo também as despesas necessárias à execução das obrigações assim contratadas, mesmo quando isso deva ocorrer posteriormente à atividade produtiva. Essa noção compreende, também, as despesas necessárias à negociação dos interesses em conflito, bem como as relativas à organização e articulação dos interessados, com vistas à consecução de seus objetivos comuns. Os custos de transação costumam ser completamente ignorados nos modelos econômicos tradicionais que normalmente adotam, como um de seus pressupostos teóricos, a plenitude de conhecimento dos agentes econômicos quanto a todas as informações relevantes de mercado. Estão eles intimamente associados à

---

contratos ao determinar quem obtém o quê e quando. Aumentam a competição nos mercados — ou reduzem-na". Tradução do original em inglês transcrito a seguir: "*What do institutions do? They channel information about market conditions, goods, and participants. They define and enforce property rights and contracts determining who gets what and when. They increase competition in markets – or decrease it*". World Development Report 2002 Overview. *Building Institutions for Markets.* World Bank, Washington D.C., p. 5.

[59] Nas palavras de Douglas North, "o principal papel das instituições na sociedade é o de reduzir incertezas ao introduzir uma estrutura estável (embora não necessariamente eficiente) para a interação humana". Tradução livre deste texto originalmente escrito no idioma inglês: "*the major role of institutions in a society is to reduce uncertainty by introducing a stable (but not necessarily efficient) structure to human interaction*". NORTH, Douglas. Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge Press, 1990, p. 6. *Apud* BRUNA, Sérgio Varella. Agências Reguladoras – Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

[60] BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras – Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

> deficiência de conhecimento de tais informações, variando diretamente conforme seja maior ou menor a 'incerteza' reinante nos mercados, isto é, a não-plenitude de informações. Possuem estreito relacionamento com as assim chamadas 'instituições, cuja função é, em última análise, reduzir a 'incerteza' que embaraça as relações econômicas e, assim, facilitar o exercício da produção de trocas."[61]

Sob o ponto de vista dos custos de transação, os elementos processuais envolvem questões referentes à informação, pesquisa, gastos com atuação jurídica, resolução de litígios e contratação de seguros como fatores indispensáveis à realização econômica do negócio jurídico[62]. A publicidade dos atos pela via processual conduz a uma maior transparência para a atividade reguladora e para os mercados regulados, com a formação de mercados sólidos e instituições seguras. A importância da informação é corroborada na doutrina de John McMillan[63].

Por permitir o acesso às informações relevantes do mercado, o processo acaba por criar um formato próprio para a fiscalização da atividade pública e para a proteção aos direitos regulados. Nessa esteira, Bernardo Lins afirma que o processo conduz as agências de regulação a documentarem seus atos e decisões, além de obrigar os entes reguladores a reagirem em público, o que confere maior tempo e espaço para o exercício do controle social[64].

Com maior transparência, publicidade e participação social, as informações relevantes para o mercado são transformadas em bem comum, o

---

[61] *Ibidem*, p. 32. Em sentido semelhante: CNI. *Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira*. Bruno Werneck, Eduardo Luiz Machado. Brasília: CNI, 2004, p. 29: "É importante que as agências reguladoras possam focar suas energias no alcance de sua missão, qual seja, o estabelecimento e a fiscalização de um marco regulatório eficiente, sem que seja necessário, nesse processo, desperdiçar recursos humanos e materiais na defesa e na justificação de sua existência".

[62] "Custos de transação incluem os custos para se obter e verificar informações sobre a quantidade e a qualidade dos bens e serviços, os parceiros na transação (e verificação de suas reputações, dados etc.), e a qualidade de seus direitos de propriedade a serem transferidos, incluída a estrutura legal e contratual; bem como os custos para projetar, monitorar e efetivar a transferência, incluindo todos os custos inseridos na litigância e na resolução de disputas. Alguns dos riscos envolvidos na transação são sujeitos a seguro; ou seja, os custos com seguro também fazem parte dos custos de transação". Tradução livre do original em língua inglesa: "*Transaction costs include costs of obtaining and verifying information about the quantity and quality of goods and services, the partners in a transaction (and verifying their reputation, records etc.), and the quality of their property rights to be transferred, including the legal and contractual framework; as well as costs of designing, monitoring, and enforcing the transfer, including any costs incurred in litigation and dispute resolution. Some of the risks involved in a transaction are insurable; that is, insurance costs are also part of transaction costs*". BEYOND THE WASHINGTON CONCENSUS. Institutions Matter. Capítulo 1, p. 3.

[63] McMILLAN, John. *A reivenção do Bazar: uma história dos mercados*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 47 e 48.

[64] LINS, Bernardo F. E. *Teoria positiva da regulação: instituições, economia e políticas setoriais*. Brasília: Mimeo, 2005, p. 137.

que reduz a captura das agências reguladoras[65]. Importa observar o seguinte estudo sobre a redução da captura pela participação social, com consequente progresso econômico:

> "Grandes desigualdades iniciais, em termos de riqueza, nos mercados fechados também podem produzir situações nas quais fortes interesses econômicos sejam capazes de 'capturar' o Estado, levando a estruturas reguladoras que favorecem seus interesses restritos e obstam os mercados heterogêneos. Os participantes do mercado podem ter um papel chave no desenho das instituições que afetem suas transações. Criar instituições inclusivas com maior legitimidade social — sistemas nos quais os interesses empresariais e o governo podem trabalhar juntos de forma aberta e transparente no estabelecimento de instituições — pode levar a um progresso mais acelerado do que em sistemas fechados."[66]

Portanto, sob o ponto de vista econômico, o Devido Processo da Regulação reduz custos de transação, permite a fluidez e a transparência das informações relevantes no mercado, fortalece as instituições e reduz a captura das entidades reguladoras. Analisadas razões para a defesa da processualística na regulação, sob o ponto de vista econômico, cabe realizar esse mesmo exame sob o panorama jurídico.

6. Fundamentos Jurídicos para a Defesa do Devido Processo da Regulação

Inicialmente, a defesa da processualística reguladora é justificada para estabelecer as diretrizes para o exercício da regulação e, assim, fortalecê-la jurídica e democraticamente[67]. Se a regulação objetiva

---

[65] Captura exercida tanto por agentes públicos quanto por entes privados interessados nos setores regulados.

[66] Tradução livre do seguinte original escrito em inglês: "*Large initial inequalities in wealth in closed markets can also engender situations where strong economic interests may "capture" the state, leading to regulatory structures that favor their narrow interests and prevent broad-based markets. Market participants can have a key role in the design of institutions that affect their transactions. Creating inclusive institutions with more social legitimacy—systems in which business interests and government can work together in an open and transparent fashion in establishing institutions — can lead to faster progress than in closed systems*". World Development Report 2002 Overview: *Building Institutions for Markets.* World Bank, Washington D.C., p. 23.

[67] "A admissão dos escopos metajurídicos da jurisdição e do processo pressupõem, necessariamente, a existência de três ordens normativas distintas: a jurídica, a social e a política [...] A ordem política e a ordem social têm o seu fundamento na ordem jurídica, existem dentro do ordenamento jurídico e sofrem a sua regulamentação". GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 183.

alcançar a eficiência econômica e o bem estar-social, as regras de direito processual auxiliarão a busca por esses objetivos comuns[68].

O processo, como instrumento norteador das instituições jurídicas, atende às finalidades públicas, políticas, econômicas e sociais amparadas pelo direito. O equilíbrio financeiro e econômico figura entre esses objetivos. Alexandre Santos de Aragão, com amparo em Canotilho, confirma a amplitude e a relevância dos elementos processuais na regulação:

> "Esta 'processualização visa não tanto garantir posições jurídicas subjetivas ou prestações sociais, mas sim assegurar ou estabelecer as condições de possibilidade dessas prestações e dessas garantias', radicando, portanto, 'na transformação do contexto social de liberdade legal num sistema de justificação do novo conceito de idéias e interesses.'"[69]

A processualística agrega maior legitimidade aos atos de regulação, que passam a adotar uma forma necessária à proteção dos princípios processuais como exigência para a legitimidade da atividade reguladora. A processualística reguladora combate a idéia da insuficiência democrática das agências, uma das principais críticas direcionadas à regulação[70]. As regras processuais delineiam a discricionariedade administrativa e permitem a participação social na constituição do ato regulador, como instrumentos de controle e de reforço da regulação. Portanto, o processo se realiza como forma de controle da Administração Pública pela via da legalidade e como instrumento social para a fiscalização da atividade administrativa, o que resulta em eficiente incremento de carga democrática e legitimidade aos entes responsáveis pela regulação brasileira[71]. Nesse sentido, expõe Fernando Pullés:

> "A verdadeira dimensão do processo como instrumento de controle administrativo pressupõe o desenvolvimento do

---

[68] "Considerando toda a complexidade na elaboração de um ato normativo regulatório, com a participação direta dos agentes regulados, podemos afirmar que ao intérprete, no momento da concreção na norma regulatória, caberá mais atentar para a *volunta legis* do que para a *volunta legislatoris*, porque é a vontade da lei que prepondera sobre a vontade da agência, visto que a norma deve acompanhar as mutações sociais, pois o direito regulatório é apenas um instrumental para se alcançar a justiça social equilibrando todos os interesses sem violar nenhum deles". MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 156.

[69] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 440.

[70] *Ibidem*, p. 433.

[71] De acordo: "O processo é o instrumento por meio do qual se fiscaliza a atividade administrativa. O fenômeno da formação social de grupos de massa influencia notavelmente sua estrutura e funcionamento". Tradução livre do seguinte original em língua espanhola: "*El Proceso es el instrumento mediante el que se fiscaliza la actividad administrativa. El fenómeno de la conformación social en grupos masivos influye de modo notable en su estructura y en su funcionamiento*". RÍOS, Juan Antonio Xiol. *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo: técnicas de evitación del proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 131, 132 e 134. No mesmo sentido: BORGES, Alice Gonzalez. Instrumentalidade das formas, controle interno e saneamento de irregularidades nas licitações e contratos públicos: contribuição à reforma da Lei 8.666/93 *In Revista Interesse Público*, Ano VIII, nº 36, Porto Alegre: Notadez, p. 22 a 27.

> assunto a partir de duas premissas fundamentais, a saber: 1. O conceito de atividade administrativa como expressão de uma das funções do poder estatal, potestade que se desenvolve a partir do marco do Estado de Direito. 2. A idéia de tutela jurídica, compreendida como a satisfação efetiva das finalidades do Direito, o qual permite a realização da paz social por meio da vigência das normas jurídicas."[72]

Igualmente, com amparo na processualística, a atividade pública das agências reguladoras passa a ser dotada de maior impessoalidade e publicidade, pois os processos, em regra, são públicos e julgados por uma autoridade imparcial. Pela via do processo, há, ainda, a possibilidade de uniformização das divergências entre as agências reguladoras, em razão da maior documentação das decisões, bem como em virtude da possibilidade de tomada de decisões em conjunto pelos entes reguladores[73]. A publicidade e a uniformização das atividades reduzem os problemas referentes à falta ou assimetria de informação jurídica. A importância da informação transparente e simétrica no exercício das atividades administrativas é reforçada por Estela Sacristán na seguinte lição:

> "Do ponto de vista da informação, no momento de se tornar pública a regulação, deve ser assegurada a simetria de informações entre os administrados e a administração. Não se trata, no caso, de que as informações entre eles sejam perfeitas, senão que sejam suficientes e oportunas. Isso implica dizer que a oportunidade para apresentar razões ou justificativas deve ser a mesma oportunidade na qual se adota e se conhece da medida, e não em um momento posterior, por exemplo, quando já foram aplicadas as regras a um caso particular, integradas após um órgão administrativo ou judicial tê-las impugnado por falta de motivação suficiente. A referida simetria de informações também evita o surgimento de custos indevidos, já que uma justificativa integrada posteriormente à adoção e publicação resultará em novos desdobramentos processuais e maior tempo de litígios. Por outro lado, a motivação ótima — suficiente e oportuna — desestimula sua impugnação, maximizando a função reguladora de quem a emite e minimizando os custos de oportunidade envolvidos na solução do litígio. Entretanto, a simetria de informações nem sempre é possível; por exemplo, no estrito âmbito da

---

[72] Tradução livre do seguinte original na língua espanhola: "*La verdadera dimensión del proceso como instrumento de control de la gestión administrativa exige iniciar el desarrollo de nuestro tema a partir de dos premisas fundamentales, a saber: 1. La concepción de la actividad administrativa como expresión de una de las funciones del poder del Estado, potestad que se desarrolla en el marco de la vigencia del Estado de Derecho. 2. La idea de la tutela jurídica, entendida como la satisfacción efectiva de los fines del Derecho que posibilita la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas*". PULLÉS, Fernando R. García. *El proceso contencioso administrativo como instrumento de control: La eficacia del proceso judicial: la acumulación de procesos y los procesos de clase*. *In Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 153.

[73] Por exemplo, Resolução Conjunta nº 2, de 2001, da Aneel, Anatel e ANP.

> regulação, a quantidade de informações fornecidas pelos regulados e assimiladas pelo regulador não é a mesma quando recém iniciado o período de regulação — por exemplo, imediatamente após a privatização de um serviço público — que quando já se avançou no plano temporal. À medida que o tempo passa, maior é a quantidade de informações disponíveis para motivar os atos de regulação."[74]

Além de prestigiar a simetria de informações, o processo serve para documentar a atividade das agências e identificar autorias, conferindo maior objetividade, eficiência e segurança jurídica aos atos administrativos. De forma contrária, a ausência de regras processuais bem definidas pode resultar na multiplicação de litigiosidades. Por todas essas razões, defende-se que o devido processo se caracteriza como verdadeiro requisito de legalidade do ato regulador.

Portanto, o processo aplicado à regulação se apresenta como instrumento adequado para autorizar o surgimento, a legitimidade e a plena validade jurídica da atividade reguladora. Assim, também na esfera jurídica encontram-se argumentos para se reconhecer a existência, a defesa e a necessidade de aprimoramento do Devido Processo Regulador.

Surge, então, a reflexão a respeito de quais seriam os atos proferidos pelas agências reguladoras que estariam submetidos ao Devido Processo Regulador. Para saber quais atos reguladores estão submetidos ao Devido Processo da Regulação, cumpre observar se o ato regulador é capaz de promover a **criação**, a **modificação** ou a **extinção** de direitos.

Em outras palavras, ao haver a possibilidade de surgimento de qualquer gravame na esfera jurídica da regulação, por meio da inovação,

---

[74] Tradução livre do original reproduzido a seguir em espanhol: "*Desde el punto de vista de la información, al momento de hacerse público el reglamento, debe asegurarse la simetría de información entre administrado y Administración. No se trataria, en el caso, de que la información entre ellos sea perfecta, sino de que se suficiente y oportuna. Ello implica que la oportunidad para brindar las razones o justificación de la medida general es la misma oportunidad en que se la adopta y da a conocer, y no un momento posterior, como, por ejemplo, cuando, ya aplicado el reglamento a un caso particular, se integran las razones para su dictado luego de que en una instancia administrativa o — ya aplicado — judicial se lo ha impugnado por carecer de motivación suficiente. La simetría de información aludida, además, evita que se generen costos de oportunidad indebidos, ya que la integración de la justificación en esa oportunidad posterior a la adopción y publicación generará nuevos planteos procesales y tiempos más prolongados de litigiosidad. Por outro lado, la óptima — suficiente y oportuna — motivación del reglamento desincentiva su eventual impugnación, maximizando la función reglamentaria del emisor y minimizando los costos de oportunidad involucrados en la resolución de la impugnación. Sin embargo, la simetría de información no siempre es posible; por ejemplo, en el estricto âmbito regulatorio, el quantum de información que provee el regulado y el que recolecta el regulador no es el mismo cuando recién comienza el período regulado – por ejemplo, inmediatamente despues de la toma de posesión cuando se privatizó un servicio público – que cuando ya se ha avanzado en el plano temporal. A medida de que pasa el tiempo, mayor será la información disponible para motivar los reglamentos que se dicten*". SACRISTÁN, Estela B. *La administración legisladora (y dos saludables recaudos)*. *In Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 417 e 418. *Apud* FOSTER, Sir Christopher. *Natural justice and the process of natural monopoly regulation*. Londres: Institute of Public Finance and Accountancy, 1994, p. 7.

alteração ou cancelamento de direitos, deve-se respeitar a processualística na atividade reguladora para a validade do ato de regulação. O processo regulador se consubstancia, portanto, na necessidade de observância das garantias mínimas da processualística, sempre que o ato de regulação puder alterar a estabilidade de direitos de terceiros.

Por exemplo, a edição de uma resolução pela Agência Nacional de Saúde Suplementar capaz de alterar as regras financeiras dos planos de saúde privados caracteriza-se como uma hipótese passível de causar gravame para as empresas de seguros de saúde ou até mesmo para os usuários segurados, razão pela qual o ato normativo da agência deverá obedecer aos princípios processuais para gozar de validade jurídica[75].

Da mesma forma, uma autorização concedida pela Agência Nacional de Aviação Civil para a exploração de serviços aéreos é capaz de criar direitos para uma empresa, alterar o cenário de competição para os demais sujeitos que já se encontram no mercado, o que se insere no conceito de processo da regulação[76]. O cancelamento do certificado de boas práticas emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária consiste, igualmente, em espécie de processo regulador, por se tratar da extinção de um direito que pode resultar em prejuízo para o ente regulado ou até mesmo em desequilíbrio para o mercado[77].

Para fins didáticos e em analogia à tríade dos poderes republicanos, as atividades processuais reguladoras podem ser subdivididas em três espécies: **atividade processual executiva**[78] (por exemplo, autorizações, adjudicações, outorgas, contratos etc); **atividade processual normativa**[79] (tais como portarias e resoluções do setor regulado); e **atividade processual judicante**[80] (por exemplo, decisões sobre matérias de

---

[75] Artigo 4º da Lei 9.961/00: "Compete à ANS: VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde".

[76] Artigo 8º da Lei 11.182/05: "Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: XIV – conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos".

[77] Artigo 7º da Lei 9.782/99: "Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: X - conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação".

[78] A título exemplificativo: o artigo 19 da Lei 9.472/97 diz competir à Anatel as atividades de: "VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes". O Artigo 8º da Lei 9.478/97 estabelece como competências da ANP: "V - autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação [...]".

[79] Cf. O artigo 4º da Lei 9.984/00 afirma caber à ANA a tarefa de: "II – disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos". Artigo 24 da Lei 10.233/01. Cabe à ANTT: "IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição".

[80] Artigo 20, II, b, da Lei 10.233/01: "São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo

competência, composição de conflitos, aplicação de sanções, além da participação em um processo de controle decisório por outros entes, como o Tribunal de Contas ou o Poder Judiciário). Essas três espécies pertencem ao gênero dos atos que integram o Devido Processo da Regulação. Por fim, cumpre traçar uma ossatura do Devido Processo da Regulação, com a finalidade de expor os elementos indispensáveis para o exercício das atividades reguladoras.

7. A Estrutura do Devido Processo na Regulação

A estrutura do processo regulador é composta dos seguintes elementos básicos: permitir o **direito de petição**; possibilitar a **participação social**; observar a **ampla defesa e contraditório**; estabelecer a **resolução inteligente de conflitos pelas próprias agências reguladoras**; e **fundamentar os atos decisórios**. Essa é a composição fundamental do devido processo legal na regulação.

O **direito de petição**[81] se caracteriza como veículo de ingresso ao processo regulador, por permitir o acesso à informação, além da proteção aos direitos dos regulados. Esse elemento representa a porta de entrada para que os interessados possam conhecer e participar das atividades reguladoras.

O direito de petição está previsto, por exemplo, no pedido de participação social perante a Anatel[82] e no requerimento para arbitragem conjunta nos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo[83]. Contudo, o direito de petição deveria estar regulamentado em todas as agências reguladoras, dentro das respectivas competências normativas, com a finalidade de permitir que esse direito venha a auxiliar — e não prejudicar — as atividades de regulação.

Mais do que garantir o pleno acesso aos sujeitos regulados, deve-se permitir a atuação de toda a sociedade, razão pela qual os **processos participativos** detém tamanha importância no devido processo regulador[84]. Justamente em decorrência da democratização e do desenvolvimento do

---

situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica". Artigo 15, VI, da Lei 9.782/99: "Compete à Diretoria Colegiada: VI - julgar, em grau de recurso, as decisões da Agência, mediante provocação dos interessados".

[81] Fundamento no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

[82] Artigo 45, § 2º, do Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 270, de 2001: "Os comentários e as sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser consolidados em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Biblioteca da Agência, à disposição do público interessado".

[83] Artigo 19 da Resolução Conjunta nº 2, de 2001 (Aneel, Anatel, ANP): "O início do procedimento administrativo de que trata este Regulamento condiciona-se à existência de negociação ou tentativa de negociação entre as partes e à ciência dos agentes de que será requerida a atuação das Agências no conflito. § 1º O agente interessado deverá comunicar previamente e por escrito àquele com quem diverge a intenção de requerer a atuação das Agências. § 2º A comunicação mencionada no parágrafo anterior será obrigatória para que se instaure o processo de resolução de conflitos e sua prova deverá constar do requerimento dirigido à Comissão".

[84] Por exemplo, consultas e audiências públicas. Na legislação: artigos 31 e 32 da Lei 9.784/99.

direito de petição, surgiram os processos participativos, com a finalidade de assegurar a integração social na fase de formação do ato regulador, além de assegurar o conhecimento e controle popular das atividades das agências[85]. Sobre a participação da sociedade na formação do ato de regulação, vale observar esta lição de Estela Sacristán:

> "Além da exigência de motivação da norma como solução para a deficiência que a enfraquece – déficit de legitimidade democrática do emitente – a exigência, do legislador, de uma audiência pública prévia à edição de certas regras, ou de outros meios de participação na tomada de decisão administrativa, também funciona como uma correção destinada a sanar essa deficiência [...] De acordo com o exposto, poder-se-ia afirmar que o legislador nacional — possivelmente inspirado no modelo norte-americano de *rulemaking*, que envolve, em geral, participação prévia de maior ou menor grau, quer se trate de sua variação formal, escassamente usada, ou informal — optou, para as regras emanadas de um ente regulador, pela participação prévia. Uma parte da doutrina nacional — e da jurisprudência — tem encarado a conveniência da participação prévia do ponto de vista dos administrados; assim, se estabeleceu que, por essa forma, contribui-se para a melhoria e transparência externa das decisões das agências reguladoras e proporciona-se uma flexibilidade que afasta o autoritarismo; e coaduna-se ao consenso da opinião pública."[86]

Diversos são os instrumentos de participação da sociedade perante os entes públicos, como, por exemplo, a coleta de opiniões, os debates públicos, os órgãos de ouvidoria e de reclamações, entre outros. Entretanto, os dois instrumentos de maior eficiência no nascimento do ato de regulação são

---

[85] "A sociedade civil é, então, convocada a participar do funcionamento das redes estatais por meio de especialistas independentes cuja assistência deve permitir melhor adaptação às técnicas sempre mais complexas em áreas como a vida econômica e financeira ou a comunicação e a informação". DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou du droit: A imprecisão do direito: do Código penal aos direitos humanos*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005, p. 224.

[86] SACRISTÁN, Estela B. *La administración legisladora (y dos saludables recaudos)*. *In Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 427 e 428. Tradução livre do original escrito em espanhol: "*Además de la exigencia de motivación del reglamento como correctivo a la deficiencia que lo agobia — déficit de legitimidad democrática del emisor — la exigencia, por mandato del legislador, de una audiencia pública previa al dictado de ciertos reglamentos, o de otros medios de participación en la toma de decisión administrativa, también opera como correctivo tendiente a subsanar esa carencia [...] De acuerdo a lo dicho, podría afirmarse que el legislador nacional — posiblemente inspirado en el modelo legislativo norteamericano de* rulemaking*, que conlleva, em términos generales, participación previa de mayor o menor grado, se trate de su variante formal, escasamente empleada, o informal — optó, para los reglamentos emanados de un ente regulador, por la participación previa [...] Un sector de la doctrina nacional — y alguna jurisprudencia — ha encarado la conveniência de la participación previa desde el punto de vista de los administrados; así, se há dicho que, por esse médio, se contribuye a mejorar y dar transparencia externa a las decisiones de los entes reguladores y se provee una flexibilización que desplaza el autoritarismo; además se coadyuva al consenso de la opinión pública*".

as audiências e as consultas públicas, justamente por constituírem processos, nos quais se permite a atividade popular[87].

Nesse campo, interessante exemplo é fornecido pela Anatel quanto à participação social na esfera das telecomunicações. O artigo 42 da Lei Geral de Telecomunicações, estabelece que as minutas de atos normativos sempre deverão ser submetidas a consultas públicas[88]. Igualmente, o instrumento convocatório de licitação deve ser antecedido do mesmo procedimento de consulta, consoante estabelecido no artigo 89, II, da referida lei[89].

Neste ensaio, recomenda-se o alargamento do exemplo da Anatel. Em primeiro lugar, para que as consultas e audiências públicas não sejam restritas aos atos normativos, mas também utilizadas nos atos judicantes ou executivos de relevante interesse popular. Em segundo, para que todas as demais agências brasileiras respeitem, estimulem e prestigiem os processos participativos na regulação, a partir da iniciativa realizada pela Anatel.

Além de autorizar a participação plúrima, o ato de regulação deve permitir a **ampla defesa e contraditório** dos interessados[90]. Esse princípio processual garante aos sujeitos regulados e à sociedade em geral o espaço para apresentar razões, defesas e recursos no campo da regulação.

Mais do que a oportunidade de tecer argumentos, a ampla defesa e contraditório representa o direito dos regulados e interessados de terem suas razões consideradas e efetivamente apreciadas pelas agências reguladoras. Importa observar o seguinte julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

> "A pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no artigo 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas [...] Sobre o direito de ver

---

[87] FOLGOSI, Rosolea Miranda. A participação social na regulação: as audiências e consultas públicas: vinculação. *In Revista do direito da energia*, vol. 1, nº 1. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos de Direito da Energia, 2004, p. 30.

[88] Artigo 42 da Lei 9.472, de 1997: "As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca".

[89] Artigo 89, II, da Lei 9.472, de 1997: "Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente, a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia".

[90] Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: "aos litigantes, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

> os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*)."[91]

O devido processo da regulação deve, ainda, atentar para a tentativa de **resolução inteligente de conflitos no âmbito da própria agência reguladora**. Essa necessidade representa o exercício pleno da importante função judicante da regulação. O conhecimento eminentemente técnico e a independência dos entes reguladores demonstram que as agências reguladoras possuem plenas condições de solucionarem o dissenso de interesses. Os participantes dos mercados regulados e a sociedade envolvida em tais setores esperam que eventuais litígios possam ser resolvidos de forma ágil e especializada, com base em ritos simplificados, no âmbito dos órgãos competentes das próprias agências. A função processual judicante das agências de regulação é relatada por Emmanuel Jeuland:

> "Certamente, pode-se considerar que a resolução de conflitos é parte do trabalho de regulação de um setor. Seu desenvolvimento se explicaria porque essas autoridades adquiriram uma especialidade que lhes permite solucionar litígios complexos e técnicos [...] Para concluir este breve estudo sobre a resolução de litígios pelas agências reguladoras, realizada por um processualista, convém perguntar, em sentido contrário, sobre a contribuição desses novos procedimentos sobre a teoria geral do processo. Em primeiro lugar, deve-se estender o conceito de ação judicial para essas autoridades administrativas independentes, a quem incumbem essas funções contenciosas [em cada setor regulado]."[92]

Nesse contexto, vale observar a iniciativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) quanto à inauguração de um órgão de Notificação de Investigação Preliminar (NIP). Esse órgão foi criado com a

---

[91] Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 25.787. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Acórdão publicado no Diário de Justiça do dia 14/09/2007, p. 32.

[92] Tradução livre do seguinte texto original em francês: "*Certes on peut considérer que la résolution des litiges est une partie du travail de régulation d'un secteur. Son développement s'expliquerait parce que ces autorités acquièrent une expertise qui leur permet de résoudre des litiges complexes et techniques [...] En conclusion de cette brève étude de la résolution des litiges par les autorités de régulation effectuée par un processualiste, il convient en sens inverse de s'interroger sur l'apport de ces nouvelles procédures sur la théorie générale du procès. Il apparaît tout d'abord qu'il faudrait élargir la notion d'action en justice aux autorités administratives indépendantes remplissant des fonctions contentieuses*". JEULAND, Emmanuel. *Régulation et théorie générale du procès In Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Coordenação Eduardo Ferreira Jordão e Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 219 e 230.

finalidade de mediar e solucionar conflitos entre os consumidores e as operadoras de planos de assistência à saúde[93].

Os resultados da experiência piloto do NIP demonstram que aproximadamente 80% das denúncias contra pequenas e médias empresas de saúde suplementar foram solucionadas na esfera da própria agência reguladora, com diminuição de até 70% do tempo para o trâmite processual, sem a necessidade de ajuizamento de morosas e ineficientes ações judiciais[94].

Com base nesse exemplo, aconselha-se que todas as agências reguladoras valorizem, cada vez mais, as relevantes funções de julgamento. Nada impede que a totalidade das matérias que envolvam os entes reguladores ou os participantes do setor regulado venha a ser resolvida, ao menos inicialmente, no âmbito das próprias agências, por meio de mediações, arbitragens, conciliações, compromissos de ajuste de condutas ou apenas pela via dos julgamentos administrativos realizados pelos órgãos reguladores competentes.

Por fim, os atos do processo regulador deverão obedecer à necessária **fundamentação e motivação**[95], para que a tomada de decisões seja sempre amparada por suporte jurídico próprio[96]. Portanto, o processo na regulação também deve observar a necessária fundamentação jurídica, que autoriza, orienta e justifica o ato regulador. Completa-se, dessa forma, a estrutura básica do Devido Processo Regulador.

Na jurisprudência pátria, algumas experiências resultaram na necessidade de controle judicial de atos emanados das agências de regulação, justamente em razão da inobservância dos elementos acima que compõem a ossatura do Devido Processo da Regulação, e não por defeito do mérito do ato regulador.

No primeiro caso, não havia sido respeitada a regra do devido processo legal, em razão da falta de oportunidade para a defesa da concessionária que havia sido prejudicada com a alteração da situação jurídica

---

[93] Consulta pública 32/2010 da ANS.

[94] Dados disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <http://anstabnet.ans.gov.br/data/files/8A95 8865266CAFE201268FFD9BA40E81/20081105_mediacao_ativa_de_conflitos_com_operadoras.pdf> e também na seguinte página: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2010/07/03/ans-vai-mediar-conflitos-com-planos-de-saude-917058773.asp. Ambos acessos realizados em 06/09/2010>.

[95] Em sentido análogo, o artigo 93, IX e X, da Constituição Federal traz o dever de fundamentação dos julgamentos e das decisões administrativas pelo Poder Judiciário. Na doutrina, ver: SACRISTÁN, Estela B. *La administración legisladora (y dos saludables recaudos)*. *In Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 417, 418, 427 e 428.

[96] Tradução livre do texto originalmente escrito no idioma espanhol: "*Desde el punto de vista normativo, y de cara a la Norma Fundamental, la exigencia de motivación o justificación de la medida reglamentaria puede ser fundada em la cláusula del debido proceso. Ello fulminaria con la inconstitucionalidad la tardía integración de la motivación porque no se puede articular la impugnación del reglamento o, del acto de aplicación del mismo, si no es conociendo las razones que condujeron a su dictado: concociendo las razones se sabe con qué fundamentos impugnar, en sede administrativa o judicial*". SACRISTÁN, Estela B. *La administración legisladora (y dos saludables recaudos)*. *In Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 418 e 419.

decorrente do novo ato de regulação. Observe-se a transcrição do seguinte trecho desse julgamento:

> 23. Viola o princípio do devido processo legal, a edição de ato administrativo em processo que não diz respeito ao tema derivado pelo Despacho 288 sem a oitiva da concessionária que sofrerá a lesão em sua esfera jurídica e patrimonial [...] 29. O Despacho ANEEL 288 não pode revogar parte da Resolução 290 pois ato administrativo não desconstitui ato normativo e, portanto, não é possível suprir os efeitos da norma sem sua alteração por regra de igual hierarquia. 30. É inconstitucional revogação com efeitos retroativos (Súmula 473 do STF) atingindo ato jurídico perfeito, direito adquirido e sem observância do devido processo legal (Res. ANEEL nº 233/98, art. 4º).[97]

Em outros casos, os tribunais superiores analisaram hipóteses em que as agências reguladoras haviam utilizado de medidas de natureza acautelatória, sem observância do devido processo legal. Como resultado do controle judicial, a utilização de medidas cautelares pelas agências reguladoras sofreu restrições e ficou condicionada à autorização judicial. Vale transcrever o seguinte julgado sobre o tema:

> Voto: "No tocante ao inciso XV c.c. o artigo 19 da Lei Geral das Telecomunicações, aponta-se a contrariedade ao inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, claro e preciso ao consignar que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'. A permissão, ao órgão autárquico, de realizar busca e apreensão de bens, utilizando, para isso, força própria, estaria a distanciar-se das noções inerentes ao devido processo legal, no que remete, na lição de José Afonso Silva, calcada em escólio de obra de Frederico Marques, ao contraditório, à plenitude do direito de defesa, à isonomia processual e à bilateral idade dos atos procedimentais.
> Ementa: deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do artigo 19, inciso XV, da LGT.[98]
>
> 2. As Turmas de Direito Público desta Corte Superior já se manifestaram no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1.668/1998 – que suspendeu a eficácia do art. 19, inc. XV, da Lei n. 9.472/1997 – conferem o interesse e a necessidade de a Anatel socorrer-se do Poder Judiciário com vistas à imediata busca e apreensão de

[97] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Quinta Turma. Agravo de Instrumento 2002.01.00.040870-5/DF. Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Publicação no Diário de Justiça do dia 21/09/2005, p. 38.

[98] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação no Diário de Justiça do dia 16/04/2004, p. 52. Primeiro trecho extraído do voto do Ministro Relator. Segundo trecho extraído da ementa.

> equipamentos de radiodifusão utilizados indevidamente. 3. ‘A pretensão cautelar deduzida pela Anatel – busca e apreensão dos equipamentos da estação de rádio clandestina – está inserida no âmbito da sua competência legal, o que evidencia seu interesse processual de agir e legitima sua atuação em juízo, conforme previsto no art. 3º do Código de Processo Civil’.”[99]

Em todos esses exemplos, seria desnecessário o controle judicial, caso houvesse sido observada a estrutura básico do processo de regulação. Essa demonstração reforça o argumento de que o arcabouço trazido nesta pesquisa pode e deve ser aplicado a todas as agências reguladoras, seja quanto a atos reguladores executivos, normativos ou judicantes, desde que tenham natureza processual, em razão de serem capazes de criar, modificar ou extinguir direitos.

Portanto, a observância do Devido Processo Regulação reforça os direitos das partes envolvidas, estimula a democratização dos atos reguladores e prestigia a autonomia das agências, o que afasta a necessidade do controle judicial em concreto.

[99] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. Recurso Especial 933979. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico do dia 02/10/2009.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Alexandra da Silva. *A importância de um Sistema Interno de Solução de Conflitos nas Agências Reguladoras. In* Direito Processual e Direitos Fundamentais. Coordenação Leonardo Greco. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AROCA, Juan Montero. *Evolución y Futuro del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis, 1984.

BEYOND THE WASHINGTON CONCENSUS. Institutions Matter. Capítulo 1.

BORGES, Alice Gonzalez. Instrumentalidade das formas, controle interno e saneamento de irregularidades nas licitações e contratos públicos: contribuição à reforma da Lei 8.666/93. *In Revista Interesse Público*, Ano VIII, nº 36, Porto Alegre: Notadez.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas: LZN, 2003, tradução de Ricardo Rodrigues Gama.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, tradução de Douglas Dias Ferreira.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo *In Revista de Processo*, Ano 15, Número 57, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais.

CARNELUTTI, Francesco. *Studio di Diritto Processuale*. Padova: Casa Editrice.

CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. *Ed. vers un droit postmoderne? In* Les transformations de la regulation juridique. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004.

COLLIARD, Claude-Albert. *Les Autorités Administratives Indépendantes*. Paris: PUF, 1988.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires: Depalma, 1978.

CNI. *Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira*. Bruno Werneck, Eduardo Luiz Machado. Brasília: CNI, 2004, p. 29.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou du droit: A imprecisão do direito: do Código penal aos direitos humanos*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Padova: Cedam, 1996.

_____. *Instituições de Direito Processual*. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, Tradução de Elaine Nassif.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FOLGOSI, Rosolea Miranda. A participação social na regulação: as audiências e consultas públicas: vinculação. *In Revista do direito da energia*, vol. 1, nº 1. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos de Direito da Energia, 2004.

FOSTER, Sir Christopher. *Natural justice and the process of natural monopoly regulation*. Londres: Institute of Public Finance and Accountancy, 1994.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Significado de soft-law. *In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região*. Volume 28. Número 54. Belém: Tribunal Regional do Trabalho, 1995.

GODOY, Sonia Maria de Pinho. *Legalidade, vinculação e discricionariedade: alguns aspectos da Lei 9784 de 29 de janeiro de 1999 In* Ato administrativo e devido processo legal. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

_____. O processo como técnica. *In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Volume 17, Número 2, Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 1991.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Willian Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GORDILLO, Augustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre factdicidade e validade*, v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2006.

JEULAND, Emmanuel. *Régulation et théorie générale du procès In Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Coordenação Eduardo Ferreira Jordão e Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2007.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LINS, Bernardo F. E. *Teoria positiva da regulação: instituições, economia e políticas setoriais*. Brasília: Mimeo, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo. In* Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

McMILLAN, John. *A reivenção do Bazar: uma história dos mercados*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Processo Administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Vital. Administração Autônoma e Associações Públicas. Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo Sobre a Soft Law*. São Paulo: Atlas, 2006.

NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge Press, 1990.

PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In Revista Consulex*. Ano VIII, nº 184, Brasília: Consulex, 2004.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico In* Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial. Coordenação Eduardo Ferreira Jordão e Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2007.

PULLÉS, Fernando R. García. *El proceso contencioso administrativo como instrumento de control: La eficacia del proceso judicial: la acumulación de procesos y los procesos de clase. In* Derecho procesal administrativo. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

REDGWELL, Catherine. *International Soft Law and Globalization In* Regulation Energy and Natural Resources. Coordenação Barry Barton. New York: Oxford University Press, 2006.

RÊGO, Nelson Moraes. Da interdisciplinariedade do Direito com a economia ou pontos de diálogo científico em construção. *In Revista Advocacia Dinâmica*, edição de maio.

RÍOS, Juan Antonio Xiol. *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo: técnicas de evitación del proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

ROULAND, Norbert. *Aux Confins du Droit: Nos Confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SACRISTÁN, Estela B. *La administración legisladora (y dos saludables recaudos). In* Derecho procesal administrativo. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Volume 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SERVOIN, François. *Droit administratif de l'économie*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1996.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

TEIXEIRA, Welington Luiza. A instrumentalidade técnica do Processo *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ano 7, Número 38, Porto Alegre: Síntese, 2005.

WORLD DEVELOPMENT REPORT 2002 Overview: *Building Institutions for Markets.* World Bank, Washington D.C.

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:

TORREÃO, Marcelo Pires. Devido Processo da Regulação: o Encontro Entre o Direito Flexível e a Instrumentalidade Processual Administrativa nas Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-MARCELO-PIRES-TORREAO.pdf>. 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 Numbe*r), 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 / Informações adicionais:

Informação não disponível.