Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 3 – agosto/setembro/outubro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

# AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES E DEMOCRACIA NO BRASIL

***Prof. Gustavo Binenbojm***

*Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ Professor do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ Master of Laws, Yale Law School Mestre e Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ Procurador do Estado, Advogado e Parecerista no Rio de Janeiro.*

## I. CONTEXTUALIZANDO AS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: MÃO E CONTRAMÃO.

A circunstância de o modelo regulatório brasileiro, implantado na década de 1990, haver sido inspirado, em larga medida, no desenho institucional norte-americano pós-*New Deal* – estruturado em agências com acentuado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo e fundado na idéia do insulamento político de administradores pretensamente neutros, dotados de elevada qualificação técnica[1] – torna especialmente interessante o exercício comparativo entre os dois contextos nacionais. A verificação de significativas distinções – senão que verdadeiras oposições – entre os cenários político, ideológico e econômico em que se deu a implantação de cada um dos referidos modelos, em cada um dos referidos países, talvez possa contribuir para a compreensão das preocupações e propósitos que movem o atual clamor pela reforma da estrutura regulatória no Brasil. A importação de institutos com sinais trocados e objetivos diametralmente opostos reclama agora um acerto de contas.

[1] Para uma ampla visão histórica do processo regulatório norte-americano, v. o clássico artigo de Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking, 31* Wake Forest Law Review (1996).

Embora as agências administrativas tenham constituído parte importante do Executivo norte-americano desde os albores da nação, fato é que o surgimento e a proliferação das *modernas agências reguladoras* coincidem com os movimentos políticos, econômicos e sociais de questionamento e superação do arcabouço jurídico-institucional do capitalismo liberal dito puro.[2] Com efeito, apenas onze agências foram criadas entre a elaboração da Constituição e o fim da Guerra Civil; seis surgiram entre 1865 e a virada do século; nove foram constituídas entre 1900 e a Primeira Guerra; outras nove apareceram entre 1918 e a Grande Depressão de 1929; enquanto nada menos que dezessete foram erigidas entre 1930 e 1940, período de implementação do *New Deal*.[3]

Na verdade, embora a *Interstate Commerce Commission (ICC)*[4] – normalmente apresentada como a primeira agência reguladora *independente* norte-americana –, a *Federal Trade Commission (FTC)*[5] e a *Federal Radio Commission (FRC)*[6] hajam sido criadas, respectivamente, em 1887, 1914 e 1926, foi somente com o *New Deal* que a moderna agência reguladora se tornou um elemento característico da Administração Pública norte-americana.[7] É neste período que toma corpo, quantitativa e qualitativamente, a idéia de uma Administração policêntrica e insulada de influências políticas, caracterizada por sua *expertise* e pela sua capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Este é o principal legado institucional do *New Deal.* [8]

Inobstante, desde as últimas décadas do século XIX e as primeiras décadas do século XX, têm início as pioneiras medidas intervencionistas do governo em determinados setores da economia. Movidos pelas pressões de fazendeiros, pequenos comerciantes, passageiros e consumidores em geral, os líderes da época, como Theodore Roosevelt (1901-1909), William Howard Taft (1909-1913) e Woodrow Wilson (1913-1921), deram vazão aos anseios populares de controle do poder capitalista e promoveram novos instrumentos regulatórios. São dessa fase, *v.g.*, o *The Pure Food and Drug Act*, de 1906, e a *Sherley*

---

[2] V. *Cass R. Sunstein, O Constitucionalismo após o The New Deal, in* Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano, Editora 34, 2003, p. 131/133.

[3] V. *Attorney General´s Committee on Administrative Procedure, Final Report 7-11 (1941).*

[4] Criada em 1887 com o propósito de regular as atividades relacionadas ao setor de transporte ferroviário, a ICC foi substituída, em 1995, pelo *Surface Transportation Board (STB).*

[5] A *Federal Trade Commission (FTC)* é a agência que cuida da defesa da concorrência e da defesa do consumidor nos Estados Unidos.

[6] A *Federal Radio Commission (FRC),* incumbida da regulação das atividades de radiodifusão, foi criada em 1926 e substituída, em 1934, pela *Federal Communications Commission (FCC).*

[7] V. *Cass R. Sunstein, op. cit.,* p. 204, nota 9. Surgiram durante o *New Deal*, dentre outras: o *Federal Home Loan Bank Board*, a *Federal Deposit Insurance Corporation*, a *Securities and Exchange Commission*, o *Social Security Board*, o *National Labor Relations Board*, a *Commodity Exchange Commission*, o *Railroad Retirement Board*, a *Wage and Hour Division of the Department of Labor* e o *Selective Service Administration*.

[8] É conhecida a frase pronunciada por Roosevelt de que *o dia da "administração esclarecida" havia chegado*. F. D. Roosevelt, *1 The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt, The Genesis of the New Deal,* 1928-32, p. 752 (1938).

*Amendment*, de 1912, que buscavam proteger os consumidores de drogas e alimentos fraudulentos ou inseguros. Também surgiram no período o *The Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos de 1914, que fortaleceram leis que proibiam monopólios e restrições ao comércio.

A grande indústria da época – a de transporte ferroviário – foi alvo de regulações pelo *The Elkins Act* (1903), o *the Hepburn Act* (1906) e o *the Mann-Elkins Act* (1910), que reduziram o poder das companhias ferroviárias para controlar preços e rotas. O *The Transportation Act*, de 1920, deu à *ICC* poderes sobre tarifas mínimas e para regular a entrada e saída dos mercados regionais e nacional. Embora a atividade regulatória das agências de então fosse mínima, sua atuação serviu para lançar as sementes da *relativização* das duas categorias básicas do capitalismo liberal: o direito de propriedade e a liberdade contratual, tidos ainda como direitos individuais quase absolutos. A despeito das tentativas de regulação, a chamada Era *Lochner,* que dominava os julgados da Suprema Corte, impedia o avanço progressista sobre as liberdades econômicas.

É com a Grande Depressão e o *New Deal* que chega a seu ponto culminante o longo percurso de revisão do capitalismo liberal e dos *standards* jurídicos erigidos pela *common law*. Veja-se, neste sentido, o comentário esclarecedor de *Cass Sunstein*:

*"Para os reformistas do* New Deal*, o* common law *não era nem natural nem pré-político. Pelo contrário, ele incorporava uma teoria social determinada, que atendia a certos interesses às custas de outros. Particularmente, os* New Dealers *viam o* common law *como um mecanismo de insulamento da distribuição existente de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo. O catálogo de direitos do* common law *incluía, ao mesmo tempo, muito e muito pouco – uma excessiva proteção do interesse estabelecido dos proprietários e uma proteção insuficiente dos interesses dos pobres, idosos e desempregados."*[9]

A proliferação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, durante os anos 1930, não apenas como fruto da crença na capacitação *técnica* e no melhor *posicionamento* da Administração Pública para reagir de forma rápida e flexível no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também da necessidade de *driblar* os entraves à regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador. Além disso, os reformadores acreditavam que o sistema de tripartição de poderes e de freios e contrapesos gerava disputas políticas entre facções que impediam os servidores públicos de servir ao interesse público de médio e longo prazo. A denominada *Segunda Carta de Direitos* – assim batizada por F.D. Roosevelt – pressupunha, destarte, um novo arranjo institucional para a sua implementação. As agências reguladoras se afirmam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da *publicização* de determinados setores da atividade econômica, *mitigando* as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade.

[9] *Cass Sunstein, op. cit.,* p. 132.

Com o passar dos anos, entretanto, diante (i) do crescente grau de *intrusividade* das agências nas atividades privadas, (ii) da sua questionável *eficiência* na gestão dos mercados regulados e (iii) da sua não sujeição aos mecanismos tradicionais de *accountability* eleitoral[10], as agências independentes foram submetidas a intensas críticas e pressões dos agentes políticos e econômicos. Assim, o grande tema de discussão sobre as agências nos Estados Unidos há muito deixou de ser o da sua *autonomia*, como condição para o exercício *técnico e politicamente neutro* de suas funções, para se tornar rapidamente o do seu *controle político, responsividade social e legitimidade democrática*.

Não à toa assistiu-se nas últimas décadas a um crescimento dos mecanismos de controle político do Presidente, do Congresso e do Judiciário sobre as agências, bem como um incremento dos instrumentos de participação dos agentes econômicos e de entidades de defesa dos consumidores e do meio ambiente nos processos regulatórios.

Em relação à supervisão presidencial do trabalho das agências, os Decretos executivos n°s 12291 e 12498, editados pelo Presidente Reagan, significaram, para muitos, o retorno à era do Executivo unitário, centralizado na figura do Presidente.[11] O Decreto n° 12291 previu a submissão dos regulamentos propostos pelas agências à revisão do *Office of Management and Budget – OMB* – órgão integrante da estrutura do Gabinete do Presidente da República (*Executive Office of the President – EOP*) – que ficou encarregado da realização das análises de custo-benefício e de custo-efetividade. Já o Decreto n° 12498 foi ainda além, exigindo que as agências submetessem um "plano regulatório anual" à aprovação do OMB. Na Administração Clinton, tais decretos foram substituídos pelo Decreto n° 12866, que amenizou, porém manteve, a revisão do OMB sobre as propostas regulatórias das agências. Todavia, enquanto as agências independentes haviam sido excluídas dos decretos baixados por Reagan, Clinton as incluiu no "processo de planejamento regulatório", gerido pelo OMB e supervisionado pelo Vice-Presidente.

No que diz respeito ao papel do Congresso na supervisão da atuação das agências, além das audiências em comissões especializadas, merece destaque o ressurgimento, reformado, do chamado "veto legislativo", previsto no *Congressional Review Act – CRA*, de 1996. De acordo com tal lei, uma resolução

---

[10] Diz-se *accountable* um governo se os cidadãos são capazes de julgar e sancionar os agentes políticos de acordo com o resultado das políticas públicas por eles implementadas. V. *Bernard Manin, Adam Przeworski & Susan Stokes, Democracy, Accountability and Representation* (1999).

[11] Elena Kagan, *Presidential Administration,* 114 Harvard Law Review 2245 (2001): "A história do Estado administrativo Americano é a história da competição entre diferentes entidades pelo controle de suas políticas. Todos os três poderes do governo – o Presidente, o Congresso e o Judiciário – participaram dessa competição, bem como os constituintes externos e o *staff* interno das agências. Por conta dos interesses envolvidos no certame, da força dos argumentos e das armas de cada competidor, nenhuma única entidade emergiu finalmente como triunfante. Mas, de tempos em tempos, uma delas assume ao menos uma primazia comparativa na definição da direção e na influência sobre os resultados do processo regulatório. No tempo atual, essa instituição é a Presidência. Vivemos hoje na era da Administração presidencial."

conjunta das duas Casas Legislativas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada por agência. A primeira vez em que o CRA foi usado ocorreu em 2001, quando uma resolução da *Occupational Safety and Health Administration – OSHA* sobre ergonomia foi sustada.[12]

Por fim, o Judiciário norte-americano tem tido um papel crescente no controle das agências reguladoras. A chamada *hard-look doctrine* foi desenvolvida para permitir ao Judiciário se desincumbir das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo *Administrative Procedure Act – APA* – garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito[13] e invalidar decisões "arbitrárias" ou "caprichosas."[14] A doutrina *hard-look* tem servido ora para exigir das agências a demonstração de que as vantagens da regulação justificam as suas desvantagens, ora para invalidar ou devolver para a agência medidas regulatórias que não atendam aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas ou comentários feitos por partícipes do processo de consulta pública. Assim sendo, o Judiciário tem se comportado como um verdadeiro *curador da racionalidade* dos processos regulatórios.

É possível, assim, concluir que, nos Estados Unidos da América:

(i) as agências reguladoras surgiram e se proliferaram como instrumentos de *intervencionismo* e *relativização* das garantias liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual, havidas como quase absolutas durante a fase do capitalismo liberal puro;

(ii) a implementação de uma plataforma social-democrata, proposta pelo *New Deal,* só se tornou possível com a criação de agências reguladoras insuladas de pressões políticas conservadoras e dotadas de competências amplamente discricionárias para transformar a regulação erigida pela tradição da *common law;*

(iii) a experiência regulatória norte-americana da segunda metade do século XX mostra que o contraponto da *autonomia reforçada*[15] das agências reguladoras foi o incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados. Tais mecanismos

---

[12] ADLAW BULLETIN, Supplement to Pike & Fisher Administrative Law, vol. 15, n° 13, março de 2001.

[13] No caso *Chevron USA, Inc v. National Resources Defense Council, Inc.,* 467 U.S. 837 (1984), a Suprema Corte norte-americana firmou as bases da chamada doutrina *Chevron*, segundo a qual o Judiciário deve impor a sua interpretação às agências somente quando o Congresso houver tratado da matéria de forma direta; havendo ambigüidade de qualquer natureza, "os juízes devem dar deferência à construção que o Executivo fez da legislação que ele é incumbido de aplicar". Posteriormente, a doutrina foi aperfeiçoada para permitir a intervenção do Judiciário nos casos de interpretações ambíguas, quando a interpretação dada pela agência à lei for arbitrária ou caprichosa.

[14] APA, 5 U.S.C. § 706 (1966).

[15] A expressão é devida a Alexandre Santos de Aragão, *in Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico,* 2002, p. 275.

são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de *captura*[16] dos entes reguladores por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsividade social e legitimidade democrática da função regulatória.

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo de processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado *compromisso regulatório (regulatory commitment)* era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que *subtraísse o marco regulatório* do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado. Daí a idéia da *blindagem institucional* de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura.

Se, de uma parte, a criação de agências reguladoras dotadas de acentuado grau de autonomia servia ao bom propósito de desestruturar os chamados "anéis burocráticos" existentes nos Ministérios, de outra parte, o mandato fixo de seus dirigentes e seu compromisso técnico sinalizavam ao mercado o compromisso do próprio país de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir o cumprimento fiel dos contratos celebrados ao cabo dos processos de privatização e desestatização.

Em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo;* enquanto lá buscavam elas a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

---

[16] Sobre o risco de captura, v. Floriano Azevedo marques Neto, *A Nova Regulação estatal e as Agências Independentes, in* Direito Administrativo Econômico, org. Carlos Ari Sundfeld, 2002, p. 89/90. V. também, Fábio Nusdeo, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico,* 1997, p. 251.

Em semelhante contexto, foi até natural que a preocupação básica do legislador (leia-se, do governo Fernando Henrique Cardoso) e da doutrina nacional tenha sido a defesa da *autonomia* das agências. Nessa *primeira onda* de criação de agências reguladoras setoriais, o grande móvel da estrutura regulatória introduzida no país foi a criação de mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário. Por isso as agências são criadas no Brasil como *autarquias de regime especial.*

A pedra-de-toque desse regime especial é a *independência* (ou *autonomia reforçada*) da agência em relação aos Poderes do Estado. Tal independência assume os seguintes aspectos:

> 1°) *independência política dos dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Tal importa a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente. [17]
>
> 2°) *independência técnica decisional*, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a *recurso hierárquico impróprio.* Tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente.
>
> 3°) *independência normativa,* necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da *deslegalização.*[18] Para parte da literatura brasileira sobre regulação, por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores.
>
> 4°) *independência gerencial*, *orçamentária e financeira ampliada,* por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.

Pois bem. Passado o processo de privatizações e desestatizações, o país adentra agora uma *segunda onda* regulatória, inaugurada pela submissão das agências ao teste da sucessão democrática no governo federal. Esta segunda onda é caracterizada não mais pela preocupação quase que exclusiva com a

---

[17] V. Alexandre Santos de Aragão, *op. cit.,* p. 331; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Agência Nacional de Vigilância Sanitária: Natureza Jurídica, Competência Normativa, Limites de Atuação,* **in** Revista de Direito Administrativo n° 215, p. 73. Ver também Eurico de Andrade Azevedo, *Agências Reguladoras*, **in** Revista de Direito Administrativo n° 213, p. 147.

[18] V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, 2003, p. 122: "A terceira técnica geral de delegação vem a ser a *deslegalização,* oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matières,* adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907 (...) a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele disposição, mas, tão-somente, o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi)* passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance).*" V. também, acolhendo a idéia da deslegalização, mas com conteúdo um pouco diverso, Alexandre Santos de Aragão, *op. cit.,* p. 418.

preservação da autonomia das agências – disfunção provocada pelos objetivos imediatos que orientaram a sua criação –, mas com as questões que têm preocupado os norte-americanos há várias décadas e até aqui negligenciadas entre nós, como *controle político, responsividade social e legitimidade democrática*. Cumprido o papel de geração de confiabilidade para atração de investimentos, apercebem-se agora os agentes econômicos, os agentes políticos e doutrinadores pátrios da necessidade de *matizar* a autonomia técnica das agências com mecanismos de controle político e jurídico.

Os focos principais de tensão gerados pela estrutura regulatória brasileira, e que reclamam maior aprofundamento em busca de soluções, são os seguintes:

> (I) a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da *deslegalização* e da banalização da edição de atos normativos;
>
> (II) a tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle jurídico;
>
> (III) a tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos.

O adequado equacionamento de cada um dos problemas acima detectados certamente ultrapassa os limites deste trabalho. O governo Lula, no entanto, representa um interessante estudo de caso sobre a relação das agências independentes com governos democraticamente eleitos, numa jovem democracia latino-americana. Como adiante se verá, em um ambiente institucional como o vivido no Brasil, a sucessão democrática por partidos de oposição tende a exacerbar as tensões geradas pela estrutura regulatória independente, sendo até natural o surgimento de algumas crises.

## II. O GOVERNO LULA E AS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES.

O governo Lula marcou, na história institucional do Brasil, o primeiro teste da estrutura regulatória independente à sucessão democrática no âmbito federal. Antes disso, todos os dirigentes das agências tinham sido nomeados pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. Na posse de Lula, a direção das agências estava entregue a homens de confiança do governo anterior, derrotado nas urnas. Seus mandatos ainda se encontravam em curso.

Em fevereiro de 2003, o Presidente Lula saiu de uma reunião ministerial e declarou aos mais importantes jornais e redes de TV que “as agências mandam no país.” Ele reclamou também que era avisado dos aumentos de tarifas de

serviços públicos pelos jornais e que as decisões que mais afetavam a população não passavam pelo governo.[19]

Logo em seguida, em março de 2003, Lula designou uma comissão para discutir uma proposta legislativa de reforma da estrutura das agências. De outra parte, o governo iniciou um acalorado debate público com as agências de telecomunicações (ANATEL) e energia elétrica (ANEEL) tendo por objeto a revisão das tarifas telefônicas e de energia, cujo exame se encontrava em curso. Por evidente, não interessava a um governo popular que, logo em seu começo, medidas impopulares – como o aumento de tarifas – fossem determinadas pelas agências. Na percepção da opinião pública, tais medidas seriam certamente atribuídas ao governo como um todo.

Um visão desse cenário pontua a tentativa do governo de pressionar as agências e obrigá-las a não adotar medidas impopulares, que seriam embora as mais técnicas e recomendáveis pelo interesse público de longo prazo. Ter-se-ia, assim, um episódio de disputa de poder entre um governo novo – e pleno de legitimidade – e as agências independentes, cujos dirigentes deviam seus mandatos ao governo anterior.

Essa é, todavia, apenas uma das visões possíveis dos mesmos fatos. Já se disse, aliás, que não há fatos, só versões. E normalmente várias. Não se pretende aqui negar o quanto de populismo e disputa de poder nutriu essas discussões entre governo e agências. Inobstante, tais episódios nos convidam a uma reflexão mais apurada sobre as fragilidades do arranjo institucional das agências reguladoras no Brasil.

Embora as crises do governo Lula com a ANATEL e a ANEEL tenham se resolvido pelos mecanismos institucionais disponíveis – a primeira, com um decisão favorável à agência, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, e a segunda, por um acordo entre governo e agência, de diferimento do aumento da tarifa – minha especulação é a de que melhores instrumentos de controle político e jurídico, e um grau maior de participação social e visibilidade dos processos regulatórios, poderão prevenir futuras crises e conferir maior lastro de legitimidade ao papel das agências.

## III. PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO DO ARRANJO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.

Cada uma das tensões da estrutura regulatória com o Estado democrático de direito estão a merecer um tratamento mais acurado no país. Em linhas gerais, minhas propostas são as seguintes.

[19] Folha de São Paulo, *Lula critica agências e diz que fará mudanças,* 20.02.2003.

### III.1. EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: REJEIÇÃO À TESE DA DESLEGALIZAÇÃO.

O princípio da legalidade serve tanto à autonomia pública dos cidadãos (democracia) como a sua autonomia privada (liberdade). Por seu intermédio, os cidadãos podem se tornar autores das suas próprias normas de direito (autonomia pública) e defender a sua vida particular de indevidas interferências externas (autonomia privada). Em uma palavra, por meio do império da lei, os cidadãos se tornam senhores do seu destino coletivo (democracia) e individual (liberdade). Esta a dimensão substantiva do princípio da legalidade.

A legalidade administrativa se presta não apenas a proteger a liberdade dos indivíduos (CF, art. 5°, II) como para limitar a atuação da autoridade administrativa (CF, art. 37, *caput*). A dupla alusão ao princípio da legalidade na Carta de 1988 – no art. 5°, II e no art. 37, *caput* – não é, portanto, ociosa. É que, enquanto para os particulares legalidade significa *poder fazer tudo que a lei não proíbe* (art. 5°, II), para a Administração Pública legalidade significa *só poder fazer o que a lei prescreve*. A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade administrativa. Por isso se costuma dizer que, em direito administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do administrador e, ao mesmo tempo, o de traçar os limites da sua atuação.[20]

A circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

O Professor Marçal Justen Filho anota, com razão, que, no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade n° 1.668, na qual era discutida a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472/97), o Colendo Supremo Tribunal Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforme à Constituição, que a competência normativa da ANATEL apresenta *natureza regulamentar*, devendo observar, assim, os limites legais.[21] No julgamento, a dúvida suscitada pela Lei era se a agência poderia editar resoluções que viessem a derrogar, por exemplo, a Lei de Licitações, o que dependeria da adoção da tese da deslegalização. O STF rejeitou tal possibilidade, assentando o entendimento de que a competência da ANATEL, na matéria, era infralegal e que, portanto, se sujeitava às normas da Lei de Licitações.

---

[20] A rigor, não mais se pode (e talvez jamais se tenha podido) afirmar que *toda* atividade administrativa seja plenamente vinculada à lei. Na verdade, o sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade não consiste numa prévia revelação de toda a atuação administrativa pelo legislador. Na verdade, há diversas situações em que a Administração Pública está autorizada a agir diretamente pela Constituição ou a tomar decisões em espaços de discrição abertos pela própria lei. Sobre isso, v. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003.

[21] Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes,* Ed. Dialética, 2002, p. 538/539.

Veja-se, neste sentido, v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> "Agravo de instrumento. Administrativo. edição de resolução por agência reguladora. não observância dos limites da competência normativa. Alteração indevida do conteúdo e qualidade de contratos de prestação de serviços pactuados entre consumidores e operadoras.
>
> 1. A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.
>
> 2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar."[22]

Com efeito, não se admite possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência *degradaria* o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma *delegação legislativa inominada*, incompatível com a sistemática da Carta da República. Como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 estabelece taxativamente as hipóteses e instrumentos por meio dos quais o Poder Executivo está autorizado a editar normas com força de lei. Este o caso, *v.g.,* das medidas provisórias e das leis delegadas, expressamente previstas nos artigos 62 e 68 do texto fundamental.

Ao ângulo material, a adoção da tese da deslegalização significaria que a agência não mais estaria sujeita às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos, que representam não apenas o limite externo da atuação da Administração Pública, como o seu próprio fundamento de legitimidade. Não se deve perder de vista que a própria idéia da legalidade administrativa é fundada no anseio de submissão da burocracia à lei, entendida esta como expressão legítima da vontade dos cidadãos. Permitir que regulamentos editados por agências possam alterar ou revogar leis constitui a exata antítese das aspirações do Estado democrático de direito.

O poder normativo das agências constitui uma das expressões do seu poder discricionário, que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos. Tal poder é imanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa o excepcione. Merece relevo o fato de que nenhuma exceção de tal ordem é feita na atual Constituição brasileira em favor de entes reguladores. A alusão feita nos artigos 21, XI e 177, § 2°, III,

[22] Agravo de Instrumento n° 129.949, 6ª Turma, TRF 3ª Região, Relator Juiz Mairan Maia, j. 24.04.2002, DJU 14.06.2002.

respectivamente, aos entes reguladores dos setores de telecomunicações (ANATEL) e petróleo (ANP) não tem evidentemente este condão.

A dignidade da lei deve ser preservada como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade regulatória, que permitam aos cidadãos e agentes econômicos o acionamento de salvaguardas contra eventuais abusos. De outro lado, tais parâmetros ou *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação.

É claro que tal preordenação legal através de *standards* não reduz a atuação das agências à mera técnica, nem exclui totalmente a possibilidade da tomada de decisões de cunho político pelos reguladores. De fato, o dever de fundamentação técnica de suas decisões não inibe que algum conteúdo volitivo possa sempre existir na atividade regulatória. É diante da inexorabilidade de tal circunstância que se preconizam determinados mecanismos pontuais de controle externo à atuação das agências.

## III.2. EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: CONTROLES ANCILARES DO EXECUTIVO E DO LEGISLATIVO.

A autonomia das agências deve sofrer mitigações parciais por via de controles ancilares exercidos pelo Executivo e pelo Legislativo. Com efeito, dado que nem toda atividade dos reguladores é ditada apenas por sua expertise, algum canal de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências deve existir, como exigência mínima de um Estado democrático.

Quanto ao Executivo, é desejável que a lei discipline a adequação das políticas setoriais propostas pelas agências a um planejamento macroeconômico global do governo, de modo a evitar a chamada “visão de túnel” em determinados mercados regulados. Não se preconiza, aqui, a submissão de toda e qualquer proposta ao Poder Executivo, nem uma análise de custo-benefício à moda norte-americana, o que seria excessivo no contexto brasileiro. Todavia, seria de bom alvitre que a lei distribuísse claramente as competências entre governo e agências e dispusesse sobre as formas de adequação entre elas. Como não há uma distinção auto-evidente entre políticas públicas e regulação, cabe à lei traçar as fronteiras entre as diretrizes a serem definidas pelo governo (políticas públicas) e as decisões a cargo das agências (regulação).

Além disso, o Poder Executivo Central possui mecanismos de controle sobre a atuação das agências, implementados através da verificação do atendimento de metas e diretrizes. Não cabe dizer que tal controle seria incompatível com o regime destes órgãos independentes, muito pelo contrário, conforme explica Alexandre Santos de Aragão:

> “Estes controles, além de não serem incompatíveis com a autonomia reforçada que caracteriza as agências, integram o seu próprio conceito. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto

> da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.
>
> É apenas neste sentido, de inserção nos programas e diretrizes públicas gerais, que deve ser entendida a necessária subordinação (não-hierárquica) dos órgãos e entidades materialmente descentralizados à Administração Pública central.
>
> (...)
>
> Se a subordinação das agências reguladoras fosse da espécie hierárquica, não seriam efetivamente autônomas ou 'independentes' e, por outro lado, se não estivessem sujeitas a nenhuma subordinação (de direção), sequer integrariam a Administração Pública Indireta, descentralizada."[23]

Vale dizer que a submissão dos órgãos reguladores à política pública traçada pela Administração Central é uma forma de controle pelo Poder Executivo que se encontra prevista nas próprias leis instituidoras das agências.

Ademais, não seria incompatível com o regime de autonomia que a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social. Esta seria uma forma legalizada de *comunicação* entre regulação e política pública governamental.

Com relação ao Legislativo, o art. 49, inciso V, da Constituição brasileira prevê em linhas gerais a possibilidade do *veto legislativo.* Trata-se de uma salvaguarda do Poder legiferante, que atribuiu competência à agência, de suspender a eficácia dos atos regulamentares que ultrapassem os limites legais. Imagino que este seja um instrumento de uso restrito e excepcional. Mas sua existência e uso eventual devem servir como desincentivos à prática de abusos.

Ademais, deve o Legislativo exercer o seu papel de fiscal da atividade administrativa, também em relação às agências. A convocação de reguladores, *v.g.,* para prestar esclarecimentos em comissões parlamentares cumpre a relevante função de dar visibilidade e transparência ao trabalho das agências, colocando-as no foco da opinião pública. O controle da Administração Pública – direta e indireta – pelo parlamento é regra constitucionalmente estabelecida, conforme exposto na norma do artigo 49, inciso X da Constituição Federal de 1988:

> "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
>
> (...)

---

[23] Alexandre Santos de Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 355 e 357.

> X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;"

Tal controle, contudo, não significa que as agências reguladoras devem atuar conforme ordens do Poder Legislativo, mas sim estabelecer seus limites de acordo com a legislação pelas quais foram constituídas. Por isso, as leis criadoras dessas entidades da Administração Pública devem, formalmente, prever o controle legislativo de suas ações.

A Lei da ANATEL – n° 9.472/97 – parece fazer esta previsão quando, em seu art. 19, inciso XXIX, determina que à agência compete enviar relatório anual de suas atividades ao Congresso Nacional:

> "Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:
>
> XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao **Congresso Nacional**;"

Deste modo, a criação das agências, como instrumento de exercício da competência regulatória, deverá ser acompanhada da institucionalização de processos formais de controle legislativo, o qual fixa previamente padrões e limites de atuação das agências, atribuindo-lhes, também, competência normativa.

A fiscalização e o controle legislativo sobre a atividade regulatória das agências visam, na verdade, a garantir a independência das mesmas e assegurar que a lei que definiu suas atribuições esteja sendo cumprida. Esse controle gera segurança e confiabilidade da sociedade sobre os atos praticados pelas agências, vez que ficam sob a cautela dos representantes diretamente escolhidos pelo povo.

Vale registrar o entendimento de Marçal Justen Filho sobre o assunto:

> "O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em faze das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas".[24]

Carlos Ari Sundfeld enfatiza a dificuldade de se definir qual deve ser o conteúdo mínimo da regulação previsto em lei. Para o autor, o Legislativo deve fixar *standards* para que a regulação possua limites claros, sob pena de ocorrer pura e simples delegação legislativa, e acompanhar o cumprimento dos objetivos

[24] Marçal Justen Filho. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo. Dialética, 2002, p. 588

definidos para o setor, exigindo relatórios detalhados e submetendo-os às comissões específicas do Parlamento.[25]

Tal entendimento coincide com aquele acima defendido a respeito da extensão do poder normativo dos entes reguladores. Na verdade, a existência de *standards* mínimos traçados pela lei é condição não apenas do controle legislativo sobre a atuação das agências (de natureza eminentemente política), como também do controle jurisdicional (de natureza eminentemente jurídica), por provocação de eventuais interessados.

Na concepção aqui adotada, os controles políticos e jurídicos exercidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se apresentam como elementos essenciais para a *reconciliação* das agências independentes com o princípio da separação dos poderes e seu conteúdo democrático.

## III.3. EM RELAÇÃO AO DITO DÉFICIT DEMOCRÁTICO: CONTROLE SOCIAL E LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO.

Por fim, de parte os mecanismos de controle exercidos pelos poderes instituídos, a participação dos cidadãos se apresenta como a mais alentada forma de *suprimento* do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a *autoridade* das decisões das agências.

No Brasil, ainda que de forma incipiente, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências. Dessa forma, instituem-se veículos de controle social dos seus atos, os quais, quase sempre, causam grande repercussão na esfera de interesses dos usuários de serviços públicos e cidadãos inseridos na realidade econômica regulada. Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.

As audiências públicas viabilizam a participação de indivíduos ou grupos determinados interessados em expor suas idéias e sugestões, de forma a propiciar que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória.[26] Consistem na realização de sessões abertas a cidadãos individualmente considerados, associações e demais interessados. Nestas ocasiões são esclarecidos e

[25] Carlos Ari Sundfeld. *Introdução às Agências Reguladoras. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 29.

[26] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In Revista de Direito Administrativo n° 230, out/dez 2002. Rio de Janeiro: Renovar, p. 162

debatidos temas relativos a processos administrativos decisórios em curso e projetos de lei propostos pela agência. O resultado do debate não tem caráter vinculante para a agência, objetivando tão somente dar aos participantes a oportunidade de oferecer sugestões e esclarecimentos. Contudo, não se admite brusca alteração da norma proposta sem aviso prévio e sem realização de novo procedimento. Além disso, a realização da audiência constitui formalidade essencial aos atos administrativos a ela vinculados, disso dependendo a validade dos mesmos.

Através das contribuições prestadas em audiências públicas, torna-se possível avaliar se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência se orientou para a solução mais adequada. Tal forma de participação popular está expressamente prevista na legislação da ANEEL e da ANP, que menciona também sessão pública para reunião de diretoria.[27]

A consulta pública, a seu turno, consiste no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes da elaboração das normas jurídicas.[28] Através da consulta, os interessados podem emitir suas opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela agência.

Todas as questões formuladas ao público devem ser examinadas pela agência reguladora com a devida consideração. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos consultados. Ademais, não pode haver mudança na matéria exposta ao questionamento que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admite-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento.

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

A consulta pública tem a mesma função da audiência pública, qual seja, a de concretizar o princípio da publicidade e viabilizar a participação de indivíduos ou grupos determinados para expor suas idéias e sugestões. A diferença esta na

---

[27] FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação Social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos estados Unidos da América do Norte. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Direito regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 594

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

forma de realização. Enquanto a audiência tem a forma de sessão, com data e hora marcada, onde os interessados comparecem conjunta e pessoalmente para expor suas opiniões, a consulta, em regra, é feita de maneira individual e durante um período determinado. Ou seja, o ato sob discussão é publicado e as sugestões sobre o mesmo são enviadas à agência. Marcos Augusto Perez distingue os dois institutos pela maior simplicidade das consultas em relação às audiências, vez que somente nesta última se aplica o princípio da oralidade.[29]

A ANATEL prevê, em sua legislação – Lei n° 9.472/97 – , a consulta pública sobre minutas de atos normativos, *in verbis*:

> "Art. 42. 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."

Já a ANEEL prevê a consulta aos agentes, consumidores e sociedade de forma genérica, conforme disposto em seu regulamento – Decreto n° 2.335/97:

> "Art. 6º A estruturação das Superintendências de Processos Organizacionais deverá contemplar os seguintes processos básicos:
>
> (...)
>
> IV - consulta aos agentes, aos consumidores e à sociedade;"

O Projeto de Lei n° 3.337/2004, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, introduz a *obrigatoriedade*, para todas as agências, de realização de consulta pública antes da tomada de decisão sobre questão relevante:

> "Art. 4° Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados. (...)"

Outra importante inovação do Projeto de Lei n° 3337/2004 é a disponibilização na *internet* dos atos e propostas das agências submetidos à participação popular e de seu relatório anual de atividades:

> "Art. 4° (...)
>
> § 2° As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, em local especificado e em seu sítio na Rede Mundial de Computadores - Internet, em até sete dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como embasamento para as propostas colocadas em consulta pública."(grifei)
>
> "Art. 7° Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados nas decisões a que se referem os arts. 4o e 5o deverão ser disponibilizados em local especificado e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a

[29] PEREZ, Marcos Augusto. Institutos de participação popular na Administração Pública. Dissertação de Mestrado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, São Paulo, 1999, p.156

> indicação do procedimento adotado, sendo que a participação na consulta pública confere o direito de obter da Agência Reguladora resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais." (grifei)
>
> "Art. 8° (...)
>
> Parágrafo único. O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após o encerramento do exercício, ao titular do Ministério a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados e disponibilizado na sede, suas unidades descentralizadas e em seu sítio na Internet." (grifei)

Neste sentido, Floriano Azevedo Marques Neto já havia pensado nesta necessidade de espraiar o âmbito de divulgação da atividade das agências reguladoras como forma de incremento à participação popular:

"Como conseqüência da procedimentalidade e da participação, temos que a atividade regulatória deve primar pela extrema transparência. Se, por um lado, temos a necessidade de abertura aos diversos interesses e o estabelecimento de uma permanente interlocução entre eles, coloca-se essencial que tudo isso se dê de forma clara, explícita, transparente. A articulação como os atores regulados deve ser feita às claras, com publicidade, evitando sua conversão em mera composição de interesses feita à sorrelfa. Se reconhecermos legitimidade dos diversos interesses, nada deve impedir que eles sejam postos para a Sociedade e que a motivação da decisão regulatória a eles faça referência. A introdução de espaços e oportunidades de auscultação e composição destes interesses nas regras procedimentais, bem como a introdução de instrumentos de participação de todos os interessados, são importantes mecanismos para permitir esta transparência. A eles devem ser agregados mecanismos de publicidade que possam ir além da mera publicidade na Imprensa Oficial (condição necessária, porém não suficiente à publicidade, nos dias de hoje). Neste sentido, a utilização da Internet parece oferecer uma oportunidade ímpar e indispensável."[30] (grifei)

Por fim, os conselhos consultivos são órgãos de participação social institucionalizada, compostos de pessoas da sociedade e representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação. A participação popular se efetiva como decorrência de sua composição mista, vez que nos conselhos reúnem-se representantes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, das prestadoras de serviços regulados, das entidades representativas de usuários e das que representam a sociedade em geral. Suas atribuições são de caráter consultivo e fiscalizador, incluindo ainda a emissão de opiniões sobre projetos das agências, aconselhamento quanto à prestação dos serviços públicos, apreciação de relatórios e elaboração de propostas concernentes à atuação do Conselho Diretor. Têm ainda a possibilidade de "se manifestar durante o processo de elaboração das normas, ainda que na maioria dos casos não tenham efetivamente o poder normativo, que fica a cargo da

[30] MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.96

direção da agência."[31]

Há que se levar em conta, entretanto, que o discurso da legitimação pelo procedimento participativo sofre, no Brasil, severas críticas. Tais críticas decorrem do baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira. Com efeito, em uma pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas pela ANATEL,[32] descobriu-se que a participação concentra-se no grupo que atua no ramo de telecomunicações, as empresas e outros organismos a elas ligados, tais como escritórios de advocacia, os quais somam 68,69% das contribuições oferecidas. Já a presença de órgãos governamentais, bem como partidos políticos e entidades de defesa do consumidor, se revelou ínfima.

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

Assim, é fundamental que as agências realizem investimentos na divulgação de seu papel institucional e dos seus mecanismos de participação social, de forma que o seu processo deliberativo seja o mais aberto, informado e transparente possível. Quanto ao mais, há que se trabalhar pelo aumento do grau de conscientização política, organização e participação da sociedade brasileira nos assuntos de interesse público.

## IV. CONCLUSÃO

"Technique without morals is a menace; but morals without technique is a mess." (Karl Llewellyn).

Dentro de suas limitações de espaço e escopo, o presente ensaio preconiza o aprimoramento de um sistema de controles – políticos e jurídicos – da atuação das agências independentes, compatível com a lógica do regime de freios e contrapesos, bem como o fomento à participação social nos processos regulatórios, como maneiras de incrementar o grau de legitimidade dos poderes exercidos por essas entidades. Assim, talvez seja possível preservar um desejável *espaço de autonomia das agências* em setores onde predomine a necessidade de gestão profissional, de estabilidade em longo prazo e de

[31] FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação Social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos estados Unidos da América do Norte. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Direito regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 596

[32] Sobre os dados da pesquisa consulte-se MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade, in SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). Regulação e desenvolvimento, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 182/230.

administração não imediatamente responsiva à vontade das urnas, mesclando-o com um regime de *controles parciais de natureza política, jurídica e social*, de forma a compatibilizá-lo com as exigências do Estado democrático de direito.

Se a proposta estiver correta, os controles serão menos uma ameaça que instrumentos de fortalecimento institucional e preservação do espaço próprio de autonomia dos entes reguladores. E as agências independentes, antes que uma usurpação ao ideal de autogoverno, um instrumento de mediação para o exercício racional do poder em sociedades tecnologicamente complexas.

**********

FIM DO DOCUMENTO

**Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):**

BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

**Publicação Impressa:**

Informação não disponível