

GUSTAVO BINENBOJM

GUSTAVO BINENBOJM

Uma Teoria do Direito Administrativo

Uma Teoria do Direito Administrativo
Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização

DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

3242.9 : 35
B612f
2006

RENOVAR

exame, deverá o juiz seguir uma linha de preferências ou prioridades, que poderia ser definida como os *standards dos standards* (parâmetros dos parâmetros). Assim, a ordem de prioridades seria a seguinte:

1º) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo);

2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau) aplicável ao caso;

3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandem *expertise* e experiência (controle mais brando), conforme o caso;

4º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando.

CAPÍTULO VI

DO EXECUTIVO UNITÁRIO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POLICÊNTRICA.

"Technique without morals is a menace; but morals without technique is a mess." (Karl Lewellyn)⁵⁰³

VII.1. A emergência das autoridades administrativas independentes: do Executivo unitário à Administração policêntrica.

O sistema político-administrativo dominante no continente europeu, desde o século XIX, sempre concentrou no governo (isto é, na figura do primeiro-ministro ou do presidente, e seu respectivo gabinete ou ministério, conforme o sistema de governo adotado), enquanto órgão superior da Administração Pública, amplos poderes de intervenção intra-administrativa sobre todo o conjunto de órgãos e entidades públicas. A lógica de tal regime era baseada na responsabilidade política dos governantes, frente ao parlamento ou diretamente ao povo, pelas ações e omissões administrativas, na medida em que se encontravam habilitados a dirigir, orientar, supervisionar ou controlar as respectivas estruturas da burocracia estatal.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Epigrafe do livro de Cass Sunstein, *After the Rights Revolution*, 1990.

⁵⁰⁴ Paulo Otero, *O Poder da Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Dogmático-Constitucional*, vol. I, p. 792 e ss.

Esse modelo, que encontra similar no constitucionalismo brasileiro,⁵⁰⁵ acabou erigindo a unidade administrativa em verdadeiro instrumento do princípio democrático e em fator de legitimação da Administração Pública.⁵⁰⁶ A responsabilidade política do chefe de governo junto ao povo (em sistemas presidencialistas) ou ao parlamento (em sistemas parlamentaristas), num regime em que ele é também o chefe supremo da Administração, convolveu-se em condição necessária da *controllability* (*accountability*) social da atuação da burocracia. Pode-se mesmo dizer que esse era o contra-ponto democrático da chamada *crise da lei* e da notável expansão das margens decisórias da Administração na definição das políticas públicas. Pode-se dizer, assim, que este era um modelo *piramidal* de Administração Pública, figurando o governo do topo da pirâmide, de onde os agentes eleitos exerceriam controle político sobre as diferentes estruturas administrativas.

Tal modelo entra em crise com a importação, para diversos países da Europa continental e para o Brasil, da figura da *independent regulatory agency* (agência reguladora independente). Se, até bem pouco tempo, a institucionalização de autoridades administrativas com accentuado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo Central revelava-se fenômeno restrito e peculiar à estrutura organizacional do Reino Unido e dos Estados Unidos da América, fato é que, desde a década de 70 do século passado, o fenômeno adquiriu tom universal, espraiando-se, com maior ou menor vigor, por diferentes países. Com efeito, esse tipo de estrutura institucional só se proliferaria na Europa ocidental sob o influxo dos projetos de governança comunitária promovidos pela União Européia, com o nome de *autoridade administrativa independente*, enquanto só chegaria ao Brasil nos anos noventa, a reboque dos processos de privatização e reforma do Estado.

505 A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 84, inciso II, confere ao Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado, o poder de direção superior sobre a Administração Pública federal. Todavia, o sentido da expressão *direção superior* e o seu grau de malhabilidade à conformação legislativa são questões objeto de discussões acaloradas na literatura brasileira.

506 Sobre as relações entre a unidade da Administração Pública e o princípio democrático, v. Rudolf Mögelé, *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, 1987, p. 545 e ss., apud Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, 2003, p. 316.

As autoridades ou agências independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois a sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica *externa* à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de *recondução* direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho *piramidal* para uma configuração *poliêtnica*.⁵⁰⁷

Assim é que, guardadas as especificidades fáticas e jurídicas de cada contexto — fatores que influam tanto nas finalidades como na gama de poderes atribuídos às ditas autoridades administrativas independentes —, não há hoje como negar a institucionalização globalizada dessas entidades, manciadas “para dar conta da regulação de setores sensíveis da vida social, neles incluídos certos setores da economia”.⁵⁰⁸

Sem a pretensão de esgotar o tema, cuja riqueza de detalhes ultrapassa o escopo do presente trabalho, a dimensão do fenômeno da proliferação das autoridades administrativas independentes pode ser dada a partir de uma breve retrospectiva histórica, que trate, respectivamente, de sua emergência na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Europa Continental e finalmente na América Latina, com destaque para o Brasil.

No contexto britânico, a instituição de administrações independentes — as primeiras surgidas já no século XIX⁵⁰⁹ — é fenômeno intrinsecamente relacionado ao peculiar modelo de organização político-administrativa do país, que pode ser caracterizado, em oposição ao modelo *piramidal* europeu continental, como *poliêtnico*.

507 Francesco Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2001, vol. I, p. 619 e ss.

508 Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2003, p. 221.

509 Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 135. Quanto à difusão de entes autônomos na Inglaterra, esse autor observa que, durante a segunda metade do século XIX, houve forte tendência centralizadora do país, reduzindo-se drasticamente o número de entes autônomos fora da estrutura governamental. Só a partir da II Guerra Mundial tais entidades viriam a se proliferar (p. 130).

Dada a inexistência, na Inglaterra, da noção propriamente dita de Administração Pública, mas apenas da de governo, "quando era editada uma lei para dar conta de determinado interesse público, era concomitantemente criado um órgão para implementá-la. Desta maneira foram criados *quangos* para as mais diversas finalidades (assistenciais, de controle, reguladoras, etc.), chegando a alcançar em seu conjunto o impressionante número de mil e quinhentas organizações."⁵¹⁰ Os *quangos* são as *Quasi Autonomous non Governmental Organizations*, denominação genérica que engloba, no contexto britânico, as mais diversas estruturas administrativas descentralizadas, abrangendo inclusive entidades privadas que desempenham funções de interesse público, sem vínculo efetivo com a estrutura estatal.⁵¹¹

Sobre a evolução dessas entidades no contexto inglês, vale apontar que, em 1979, com o advento do Governo Thatcher, propostas de maior eficiência e *desregulação* levaram a uma política declarada de caça aos *quangos*.⁵¹² Contudo, apesar de extintos cerca de quinhentos *quangos*, outros sessenta foram criados para o fim de controlar as atividades privatizadas.⁵¹³

Tal narrativa só vem corroborar a relação de reciprocidade existente, na Inglaterra, entre a estrutura administrativo-organizacional do país e a institucionalização dos *quangos*. O fenômeno de *quangocratização*, nessa medida, diferentemente de outros países, não está relacionado a um certo e específico contexto econômico-político, confundindo-se com a própria tradição de organização estatal britânica.

Nos Estados Unidos, por sua vez, a institucionalização de entidades administrativas independentes, lá denominadas *agências reguladoras independentes*, emerge em uma estrutura administrativa mais assemelhada aos padrões clássicos da Europa continental, orientada, assim, pelo princípio da separação de Poderes, em que

510 Marcel Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 223.

511 Marcel Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 144.

512 Arteni Kalo Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 35.

513 Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2003, p. 225.

bem definida a estrutura do Poder Executivo. O fenômeno, observável desde fins do século XIX, ganhou força e expansão a partir do *New Deal* e teve como mote a relativização do capitalismo liberal, através da regulação.⁵¹⁴

Já no século XIX, em 1887, a criação da *Interstate Commerce Commission*, instituída para a regulação dos serviços interestaduais de transporte ferroviário e tida como a primeira agência reguladora norte-americana, revela a predisposição do governo para intervir nas relações econômicas. Todavia, foi somente com o *New Deal*, a partir de 1930, que a moderna agência reguladora tornou-se um elemento característico da Administração Pública estadunidense.

Nesse sentido, a efetivação das propostas do governo Roosevelt, voltadas à revisão do capitalismo liberal e dos *standards* jurídicos erigidos pelo sistema de *common law*, dependia da reformulação institucional do país. E nesse contexto que se dissemina a criação de agências reguladoras, enquanto entidades politicamente neutras e tecnicamente especializadas, capazes de, pronta e eficientemente, responder as demandas econômicas e sociais de um país em rápida transformação.

De acordo com Joaquim B. Barbosa Gomes, "para os EUA, a regulação por intermédio de agências independentes constitui, como já dito, uma brutal (embora não abrupta) ruptura com uma concepção de Estado mínimo, identificado como '*polishing model*', isto é, um Estado alheio à questão do bem-estar econômico da população, e sobretudo proibido de empreender intromissão mais arrojada em áreas tais como a fixação de preços, disseminação de informações úteis aos usuários, imposição, consolidação e monitoramento de práticas concorrenciais justas, em suma, regulação de mercados. Noutras palavras, trata-se do abandono da conhecida visão do Estado que, segundo Adam Smith, seria regulado pura e simplesmente pela 'mão invisível' do mercado."⁵¹⁵

514 Um panorama mais detalhado da evolução das agências reguladoras no contexto norte-americano será exposto no item VI.4, *infra*, no qual se traçará um quadro comparativo entre o modelo regulatório dos Estados Unidos e o modelo brasileiro.

515 Joaquim B. Barbosa Gomes, *Agência Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*, in *Agência Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binchenhoin), 2005, p. 24.

Artemi Rallo Lombarte ressalta, ainda, um outro aspecto — eminentemente político — relacionado à emergência das agências reguladoras nos Estados Unidos. Segundo o autor, para além das justificativas técnicas e económicas, a institucionalização do modelo de *independent regulatory commissions* respondeu, em larga medida, ao inequívoco intento político de reacumulação do papel dos Poderes constituídos, evitando-se, no que possível, a superacumulação de poder no Executivo.⁵¹⁶

Atravessando o Oceano Atlântico rumo ao continente europeu, já em fins do século XX, pode-se afirmar que, se, nos Estados Unidos, serviram as agências à implementação do *Welfare State*, na Europa continental a instituição de autoridade administrativas independentes (e é assim que lá foram genericamente denominadas) esteve diretamente relacionada ao desmantelamento do Estado Social.⁵¹⁷

Nas palavras de Artemi Rallo Lombarte:

"Si una nota común define este proceso de independización administrativa en el continente europeo ésta será la de un similar ambiente ideológico que ampara su fundamento y fin: desgubernamentalización y neutralización política. Las Administraciones independientes constituyen el resultado del conflicto ideológico operado en el seno de la sociedad del fin de siglo en torno al modelo económico y social. La crisis del Estado social ha derivado en un apabullante triunfo del modelo económico basado en el freno al intervencionismo público y en el imperio de la libre concurrencia. Paralelamente, la crisis de la política (o de los partidos políticos que la protagonizan) se ha traducido en un extraordinario recelo a su fundación en el seno de la gestión de la cosa pública aunque conviene advertir que separar la administración de la política constituye un proyecto irrealizable e ilegítimo."⁵¹⁸

A tendência rumo à *autonomização* de entidades da Administração Pública, assim, tem na Europa continental relação direta

516 Artemi Rallo Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, 2002, p. 51/52.

517 Artemi Rallo Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, 2002, p. 60.

518 Artemi Rallo Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, 2002, p. 57.

com os projetos nacionais de reforma do Estado, voltados à modernização da máquina administrativa (com a redução da intervenção direta na economia) e à *comunitarização* das atividades públicas, não mais necessariamente estatais.⁵¹⁹

Não obstante, para além das propostas de reformulação do papel do Estado na economia, a emergência de autoridades administrativas independentes no contexto europeu apresenta relação indissociável com a criação e afirmação da União Europeia, como projeto comunitário de unificação económica, jurídica e político-institucional.

De fato, como muito bem caracterizado por Marçal Justen Filho, desde que configurada a supremacia do direito comunitário em face dos ordenamentos jurídicos nacionais, houve a necessidade de adaptação do direito nacional às determinações comunitárias.⁵²⁰ "Nesse contexto, o modelo das autoridades independentes se exterioriza como forma mais eficiente para impor a difusão do Direito e das políticas comunitárias. A neutralização das influências políticas equívale, nesse caso, à eliminação das rejeições de cunho nacionalista ao prosseguimento do projeto comunitário e à preponderância do interesse supranacional também no tocante à legislação derivada e no âmbito interno de cada Estado."⁵²¹

Diversas normas comunitárias, nesse sentido, passaram a prever a obrigaçao de os Estados-membros consignarem, no âmbito nacional, entidades dotadas de autonomia para a promoção de determinadas fins económicos ou sociais, independentemente das peculiaridades insistas à organização político-administrativa de cada país.⁵²²

Vale atentar, todavia, para uma dimensão mais ampla do fenómeno no continente europeu. A estrutura das autoridades inde-

519 Relativamente à experiência francesa, v. Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 176.

520 Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 271.

521 Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 271/272.

522 Marçal Justen Filho menciona, por exemplo, as Diretivas 89/665 CEE e 92/13 CEE, que preveem a criação, pelos Estados-membros, de autoridades independentes para a tutela das situações jurídicas subordinadas ao direito comunitário. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 129.

pendentes, é verdade, difundiu-se pelos países-membros como condição mesma para a implementação do projeto comunitário. Mais do que isso, contudo, o modelo inspira a estrutura institucional das próprias entidades supranacionais, que não poderiam, por óbvio, estar alicerçadas em uma concepção clássica de soberania popular.⁵²³

Discorrendo sobre a adoção do modelo de agências na criação da Comissão,⁵²⁴ uma das estruturas basilares da União Europeia, escreve Marçal Justen Filho:

"O projeto comunitário se alienou sobre a neutralização dos impulsos nacionalistas e o desenvolvimento de uma solidariedade supranacional. Portanto, adotou-se o modelo de agências para neutralizar o princípio da soberania popular como manifestação de tendências nacionalistas. A estruturação da Comissão é um meio de evitar a influência das pressões nacionais na formulação das políticas e desenvolvimento da gestão comunitária."⁵²⁵

Outra interessante estrutura supranacional erigida sob o modelo de autoridade independente é o Banco Central Europeu, instituído em 1998, mas previsto já no Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht), com o objetivo de introduzir e gerir a moeda única europeia — o euro — realizando operações cambiais e assegurando o bom funcionamento dos sistemas de pagamentos.⁵²⁶ e ⁵²⁷

⁵²³ Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 269.

⁵²⁴ A Comissão detém amplas competências normativas, inclusive de cunho regulatório, cabendo-lhe, outrossim, fiscalizar a atuação dos Estados-membros quanto à sua compatibilidade com o Direito comunitário. Tem membros nomeados a prazo certo e conforme requisitos de capacidade pessoal. V. Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 126.

⁵²⁵ Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 269. Vale esclarecer que o autor faz a diferença entre agências de primeiro grau e agências de segundo grau no âmbito das entidades supranacionais, aquelas teriam previsão direta nos tratados, ao passo que estas decorreriam da legislação derivada ou secundária. A Comissão, nesta classificação, apresenta-se como agência de primeiro grau (p. 126/127).

⁵²⁶ V. http://europa.eu.int/institutions/ecb/index_pt.htm.

⁵²⁷ Marçal Justen Filho enumera outras entidades supranacionais cuja estrutura

De parte o exposto, há ainda uma peculiaridade a ser mencionada relativamente ao contexto europeu continental. Trata-se da institucionalização de autoridades administrativas independentes para a garantia de direitos fundamentais. E dizer: além da ordenação da política econômica e dos serviços sociais privatizados, é expressiva a quantidade de agências implementadas para a proteção de direitos fundamentais.⁵²⁸ Proteção, ressaltar-se, contra agressões advindas de particulares, mas também contra ingerências nocivas dos próprios poderes públicos (os quais, muitas vezes, apresentam potencial ofensivo deveras maior).⁵²⁹

No âmbito, por exemplo, do direito à intimidade e ao uso de dados de caráter pessoal, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, em seu art. 8º, item 3, proclama a existência de autoridades independentes nacionais para a proteção do sigilo e o tratamento leal dos dados pessoais.⁵³⁰ Assim é que, por exemplo, em 1992, a Espanha instituiu a *Agencia de Protección de Datos*

podria ser identificada a de uma agência: a Corte de Auditores, o Comité Económico e Social Europeu, o Comité das Regiões, o Banco Europeu de Investimentos e o Ombudsman Europeu. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 126.

⁵²⁸ Arceini Rallo Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, 2002, p. 61. O fenômeno de criação de agências para a proteção de direitos fundamentais não é de todo estranho à experiência norte-americana. A o fenômeno assumiu neste continente. Nesse sentido, Joaquim B. Barbosa Gomes retrata que "no ordenamento jurídico interno dos EUA, é certo que a grande maioria das agências até hoje criadas servem maioritariamente ao propósito original de intervenção e correção das mazelas do jogo econômico capitalista. Todavia, ao longo do tempo forma surgindo inúmeras instituições inspiradas nesse modelo original (especialmente no aspecto atinente à "independência" de que elas gozam em relação aos outros Poderes), mas voltadas ao exercício de atribuições sem nenhuma ou com pouca pertinência com a regulação de atividades econômicas. Este é o caso, por exemplo, da *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, agência criada nos EUA nos anos 60 com a incumbência de implementar as normas de promoção da igualdade no mercado de trabalho em favor das minorias raciais e sexuais, objeto da Lei de Direitos Civis de 1964" (p. 50).

⁵²⁹ Arceini Rallo Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, 2002, p. 131.

⁵³⁰ Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 130.

(APD),⁵³¹ já em França, a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL) existe desde 1968.⁵³²

Também é corrente, dentre os países europeus, a instituição de agências para a proteção da liberdade de comunicação. Na França, Lei de 1989 criou o *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA); em Portugal, a reforma constitucional de 1989 trouxe a *Alta Autoridade para a Comunicação Social* (AACS); na Itália, existe, desde 1997, a *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (AGC), e assim por diante.⁵³³

Outras tantas entidades criadas para proteger direitos fundamentais poderiam ser arroladas, relativamente ao contexto europeu. O que parece importante destacar, do exposto, é o caráter multiforme na utilização das autoridades independentes. Como se disse logo no início, o modelo de autoridades administrativas independentes vem se difundindo mundo afora para a regulação dos diversos setores sensíveis da vida econômica e social, aí incluídos os direitos fundamentais. É fenômeno que, apesar de já ostentar tom universal, não pode ser reputado totalmente homogêneo. Qualquer análise deverá levar em conta, necessariamente, o contexto nacional e regional de sua implantação.

Na América Latina, a seu turno, a difusão de entidades administrativas com reforçado grau de autonomia data da década de 1990. O exame do contexto brasileiro permite análise elucidativa do fenômeno.⁵³⁴ Entre nós, como na Argentina e no Chile, a criação de agências reguladoras pode-se afirmar consequência do processo de reforma do Estado, implementado a partir das últimas décadas do século XX.

Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de

monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto.

O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunitizadas das ingerências político-partidárias.

Por outro lado, a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Dar as agências constitutivas também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados, como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, *desenvolvidas* total ou parcialmente à iniciativa privada.

Assim, o panorama, bastante recente, da criação de autoridades independentes no Brasil está indissociavelmente atrelado à reformulação estrutural por que passou o Estado na década de 90, o qual se libera da intervenção direta na economia, assumindo papel eminentemente regulador.

Perfazendo um retrato da estrutura administrativa federal brasileira, vê-se que, até a presente data, existem dez agências reguladoras instituídas, a saber: (1) a Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL, prevista na Lei 9.472, de 16.07.97; (2) a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, instituída pela Lei 9.427, de 26.12.96; (3) a Agência Nacional do Petróleo — ANP, que foi instituída pela Lei 9.478, de 6.08.97; (4) a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782, de 26.01.99); (5) a Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS (Lei 9.961, de 28.01.2000); (6) a Agência Nacional de Águas — ANA (Lei 9.984, de 17.07.2000); (7) a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, criada pela Lei n° 10.233, de 5.06.2001; (8) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários — ANTAQ, também criada pela Lei n° 10.233, de 5.06.2001; (9) a Agência Nacional de Cinema — ANCINE (Medida Provisória n° 2.219/01); e (10) a

531 Antoni Kallio Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones independientes*, 2002, p. 132.

532 Antoni Kallio Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones independientes*, 2002, p. 136.

533 Antoni Kallio Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones independientes*, 2002, p. 139.

534 Abordagem mais detalhada quanto à implantação do modelo de agências reguladoras no Brasil será feita no item VI.4, *infra*.

Agência Nacional de Aviação Civil — ANAC (Lei nº 11.182, de 27.09.2005). Destaque-se ainda o caso da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, que para muitos já era uma agência reguladora, tendo recebido da Lei nº 10.411 de 26.02.2002 maior grau de autonomia.⁵³⁵ Outras agências foram instituídas no âmbito de diversos Estados, havendo também notícia de entes reguladores municipais.⁵³⁶

A despeito da brevidade com que apresentado o tema, o roteiro histórico traçado parece bem atender ao intuito de demonstrar o caráter universal do fenômeno de criação de autoridades administrativas independentes, enquanto tendência que, guardadas as peculiaridades de cada contexto, espalha-se como instrumento de regulação e proteção de valores socialmente sensíveis.

Como constata, com precisão, Joaquim B. Barbosa Gomes, “em realidade, o que o direito comparado nos ensina é que o figurino institucional das agências está longe de constituir uma especificidade do direito norte-americano. Certo, teve ali o seu berço. Mas trata-se muito mais de uma evolução natural do Estado, da inelutável exigência de sua intervenção de maneira especializada e eficaz em setores-chave da vida econômica, em suma, uma decorrência natural do novo Estado de tipo intervencionista que se substituiu ao Estado abstencionista oitocentista.”⁵³⁷

Caracterizada a universalidade dessa tendência à metamorfose do modelo *piramidal* de Administração Pública em uma configuração *policial*, cumpre descer às especificidades do fenômeno no contexto brasileiro. Vejam-se, a seguir, em apertada síntese, as características gerais das agências reguladoras independentes, tal como implantadas no Brasil.

⁵³⁵ V. Luis Roberto Barroso, *Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática*, in *Agências Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binchenojm), 2005, p. 69.

⁵³⁶ Como exemplos de agências municipais, mencionem-se a AGERSA — Agência Municipal de Regulação de Serviços de Saneamento de Cachoeiro do Itapemirim / Espírito Santo — ES e a ARSBAN — Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal. Outras podem ser encontradas em <http://www.abar.org.br>.

⁵³⁷ Joaquim B. Barbosa Gomes, *Agência Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*, in *Agência Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binchenojm), 2005, p. 55.

VI.2. As características gerais das agências independentes: as dimensões de sua autonomia reforçada no direito brasileiro.

Previamente a uma abordagem crítica das agências reguladoras à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, parece pertinente demarcar os traços definidores dessas entidades, tal como aqui institucionalizadas a partir de meados da última década do século passado.

As agências reguladoras brasileiras foram criadas sob a forma de *autarquias de regime especial*. O motivo para a adoção dessa roupagem institucional está diretamente relacionado ao contexto em que surgiram, apontado linhas atrás. Com efeito, a proposta de neutralidade e insulamento políticos dependia, fundamentalmente, da criação de entidades dotadas de personalidade jurídica própria e de mecanismos de garantia institucional que lhes permitissem melhor exercer suas funções, de forma independente do governo. Em outra ponta, a intervenção indireta na economia, pela via da regulação, fiscalização e aplicação de sanções a particulares, autênticas expressões do poder de polícia estatal, obrigava à institucionalização de pessoa jurídica de direito público. Assim é que a conjunção desses fatores parece justificar a implementação das agências reguladoras sob o formato de autarquias dotadas de um regime jurídico especial.

As agências reguladoras distinguem-se das autarquias tradicionais, como as criadas sob a sistemática do Decreto-Lei nº 200/67, por peculiaridades em seu regime jurídico. Define-as a doutrina, e o próprio legislador,⁵³⁸ como autarquias dotadas de *regime especial*. Ora, no que consiste tal regime especial? O que as difere das demais e tradicionais autarquias?

O regime diferenciado das agências reguladoras brasileiras, apresentado didaticamente, consiste no amálgama entre *autonomia reforçada* e *concentração de funções públicas*, normalmente distribuídas entre os poderes do Estado.

A autonomia reforçada (tratada vulgarmente como *independência*, em referência às denominações anglo-saxônica e curtopéia continental) é caracterizada pelos seguintes aspectos:

⁵³⁸ V., e.g., o art. 1º da Lei nº 9.427/96, que criou a ANATEL.

1^o) *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. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente.⁵³⁹

2^o) *independência técnica decisional*, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a *recurso hierárquico impróprio*. Isto gera como consequência a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente.

3^o) *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*.⁵⁴⁰ Para parte da literatura brasileira (com a qual não se está de acordo), por meio da deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores;

4^o) *independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada*, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela Lei às agências.

Um primeiro aspecto relacionado à autonomia política das agências reguladoras remete ao procedimento de escolha e nomeação dos seus dirigentes. A propósito, a Lei n^o 9.986/2000,⁵⁴¹ que

539 V. Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 331; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Agência Nacional de Vigilância Sanitária: Natureza Jurídica, Competência Normativa, Limites de Atuação*, Revista de Direito Administrativo n^o 215, p. 73. Ver também Eurico de Andrade Azeredo, *Agências Reguladoras*, Revista de Direito Administrativo n^o 213, p. 147.

540 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*, adotada no conhecimento 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 (*dominie de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*dominie de l'ordonnance*).", V., também, acolhendo a ideia da deslegalização, mas com conteúdo um pouco diverso, Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 418.

dispe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras federais, prevê, em seu art. 5^o, *caput*, que "o Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal."⁵⁴²

Um segundo — e talvez o mais importante — aspecto dessa autonomia política é a estabilidade temporária dos dirigentes, conforme mandato que a lei lhes atribui. Sobre o tema, dispõem os arts. 6^o, 7^o e 9^o da Lei n^o 9.986/00, respectivamente, que:

"Art. 6^o O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

"Parágrafo único. Em caso de vacância no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no art. 5^o."

"Art. 7^o A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.

"Art. 9^o Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

"Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato."

Traza-se, assim, de modelo articuladamente engendrado com vistas a proporcionar, aos dirigentes, independência política, cujo fator determinante e inovador é, sem dúvidas, a estabilidade temporária criada por lei. No contexto brasileiro, assim como em outros países, o ponto relativo aos mandatos dos dirigentes das agências foi — e é, em alguma medida — alvo de inúmeros questiona-

541 A Lei n^o 9.986/2000 pretendia uniformizar o tratamento legal dispensado às agências reguladoras federais no tema da gestão de pessoal. Antes, contudo, de seu advento, já as leis específicas de criação das agências regulavam o assunto.

542 "Art. 52. Compete privativamente ao Senado: III — aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: f) titulares de outros cargos que a lei determinar."

mentos, culminando a discussão com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 1.949/RS, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul contra dispositivo da Lei instituidora da AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul)⁵⁴³, a qual cria a figura da estabilidade provisória. Como já se disse,⁵⁴⁴ tal decisão, tendo declarado a constitucionalidade da atribuição, por lei, da estabilidade provisória, representa um *leading case* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, reflexivamente, na própria concepção organizacional político-administrativa do país. Dada a relevância do precedente, vale confrontar, de modo sintético, os argumentos vencedores e vencedores que deram cor ao julgado.

Impugnando a constitucionalidade da atribuição do mandato, foram lançados os seguintes argumentos:

(i) violação à regra do art. 84, inciso II, da Constituição Federal (regra de aplicação obrigatória aos Estados, Distrito Federal e Municípios, por simetria), que comete ao Chefe do Poder Executivo, em caráter privativo, o exercício da direção superior da Administração Pública, com o auxílio dos Ministros de Estado;

(ii) criação de uma quarta espécie de cargo público, não prevista na Constituição. Nessa esteira, considerando que a Carta Maior prevê (a) cargos de provimento vitalício; (b) cargos de provimento efetivo e (c) cargos comissionados, estes de livre nomeação e exoneração, não haveria amparo constitucional para a criação de cargos comissionados sujeitos a estabilidade provisória;

(iii) violação ao princípio democrático, em razão da imposição, ao representante eleito nas urnas, de políticas traçadas por seus antecessores. Isso porque os mandatos dos dirigentes das agências ultrapassariam o mandato daquele que os nomeara, avançando sobre o novo governo constituído. Justamente tal circunstância, aliada à dissociabilidade imperfeita entre técnica e política (o que levaria, inevitavelmente, à tomada de decisões políticas pelas agências não necessariamente alinhadas com as políticas públicas ditadas pelo governo), implicaria grave violação ao processo democrático.

Além da notória relevância da questão enfrentada, o interessante do julgado reside, também, na circunstância de que o Supremo

Tribunal Federal, na ADIN 1.949/RS, reviu posicionamento assentado há mais de 40 (quarenta) anos no Mandado de Segurança nº 8.693/DFP⁵⁴⁵, e que serviu de fundamento à edição do verbete nº 25 da súmula de jurisprudência do STF, cuja dilação é a seguinte:

"A nomeação a termo não impede a livre demissão pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia."

À época em que julgado o mandado de segurança, travou-se ardente discussão entre os Ministros Ribeiro da Costa, defensor da inconstitucionalidade da estabilidade provisória, e o Ministro Vitor Nunes Leal, que, vencido, pugnou por sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1946. Após pouco mais de meio século, submetida, uma vez mais, a questão à apreciação do Supremo Tribunal Federal, agora sob a égide da Constituição de 1988, o Ministro Nelson Jobim valeu-se dos argumentos do Ministro Vitor Nunes Leal para criar divergência e conduzir o julgamento da ADIN nº 1.949/RS à improcedência no tocante à alegada inconstitucionalidade da estabilidade provisória.

Em linhas gerais, argumentou o Ministro Nelson Jobim que:

(i) o art. 84, inciso XXV, da Constituição Federal, estabelece ser da competência do Presidente da República (com regra que se estende aos demais entes federativos, pelo princípio da simetria) "prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei". De acordo com o Ministro, teria a Constituição permitido que a lei, criando hipótese intermediária entre o provimento efetivo e o cargo

⁵⁴³ Eis a ementa do julgado: "Institutas Autárquicas: Nomeação e exoneração de membros de suas diretorias, presidentes e conselheiros. Constituição Federal vigente, art. 87, n. V, dispositivos equivalentes da carta de 1957 e da constituição de 1934. Inteligência: Poder de exonerar implícito no de nomear. Mandado por tempo certo. Inocorrência. Cargos em comissão ou de confiança. Dissociabilidade *ad interim*. Programa político, social e econômico do governo. Execução e controle do Poder Executivo. Deregulação de mandatos de regulação" (MS 8.693/DF, Rel. Min. Costa Manso, Pleno, J. em 17/11/1962, DJ de 15-10-1962, PG-005323). Grifamos. Vale esclarecer que os três argumentos apontados em prol da inconstitucionalidade da lei gacha que instituiu a AGERGS, são todos sustentáveis à luz da Constituição Federal de 1946. Nesse, o art. 78 determinava que "O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República"; ao passo que a previsão de cargos de provimento vitalício, efetivo e comissionados (sem estabilidade) estava, respectivamente, nos arts. 187, 188 e 188, parágrafo único.

⁵⁴⁴ Lei estadual nº 10.931/97, alterada pela Lei nº 11.292/98.

⁵⁴⁵ V. item 1.3.5, *supra*.

comissionado de livre exoneração, instituisse modalidade comissionada sujeita à estabilidade provisória:

(ii) a hipótese, ademais, não seria de fraude ao processo democrático, já que o legislador, a qualquer tempo, da mesma forma que criou, poderia extinguir a estabilidade provisória;

(iii) admitir o regime de mandatos com estabilidade provisória seria peça imprescindível ao modelo de Estado regulatório assumido no Brasil. Nesse sentido, a regulação equidistante pelas agências dependeria da imunização política de seus dirigentes, através, justamente, da vedação da demissão *ad nutum*;

(iv) por fim, haveria respaldo desse modelo na própria Constituição Federal, a qual, em seus arts. 21, XI e 177, §2º, III, alude, expressamente, à criação de um órgão regulador do setor de telecomunicações e do petróleo, respectivamente.

Com base nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do dispositivo da Lei gaudúcha, validando a atribuição, por lei, de estabilidade provisória a agentes ocupantes de cargos em comissão, podendo-se hoje dar por superado (embora ainda formalmente em vigor) o enunciado n.º 25 da Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Um último dado curioso dessa ADIN 1.949/RS: se, por um lado, a Corte plactou a estipulação de mandatos garantidos por uma estabilidade provisória, de outro lado, declarou inconstitucional dispositivo (da mesma Lei) que permitia a exoneração do dirigente da agência reguladora, desde que aprovado pela Assembleia Legislativa. De modo geral, prevaleceu aqui o entendimento de que a previsão violaria o arranjo constitucional da separação de Poderes, uma vez que a Carta Maior, embora previra a aprovação da Casa Legislativa no procedimento de nomeação de dirigentes (art. 52, III, F^{ca}), não consagra dispositivo de mesmo teor para os casos de exoneração. Portanto, submeter a exoneração de autoridade administrativa, atividade típica do Chefe do Poder Executivo, à ratificação pelo Poder Legislativo, constituiria intervenção inconstitucional do Legislativo sobre o Executivo.⁵⁴⁶

546 É interessante notar que, por força de tal decisão, o STF acabou por restringir ainda mais as possibilidades de destituição dos dirigentes das agências reguladoras independentes, uma vez que, além das hipóteses de perda do mandato por *habeas causa*, a lei previa também a destituição a pedido do Chefe do Executivo,

Ainda sobre a autonomia política dos dirigentes das agências, vale pontuar que a lei, além de imunizá-los contra ingerências do próprio Poder Executivo, cria mecanismos para a independência face aos agentes privados. Aqui pode ser mencionada, além de outras restrições legais, a chamada *quarentena*, lapso de tempo após o mandato durante o qual fica o ex-dirigente impedido de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou a empresa integrante do setor regulado pela agência.⁵⁴⁷

O segundo aspecto da autonomia reforçada das agências, relativo ao campo técnico-decisional, indica que as decisões administrativas oriundas das entidades reguladoras têm caráter final na seara administrativa. Corolário disso é que as leis instituidoras das agências não contemplam o chamado recurso hierárquico impróprio, que é aquele dirigido a órgão da Administração Pública direta.⁵⁴⁸

Por fim, o último aspecto concernente à autonomia reforçada das agências diz respeito à independência gerencial, orçamentária e financeira. Como qualquer outra autarquia, elas terão orçamento próprio, mas, como característica da sua autonomia reforçada, as leis conferem-lhes receitas substanciais decorrentes da atividade que exercem — as chamadas taxas de fiscalização de atividades econômicas privadas e as taxas regulatórias — ou, ainda, participações em contratos e convênios.

Além da autonomia reforçada, como restou pontuado ainda ao início do item, o conteúdo *especial* do regime das agências reguladoras perfaç-se pela concentração de funções públicas, classicamente pulverizadas entre os poderes do Estado. Tal como ensina Alexandre Santos de Araújo, "como o conceito de regulação agrega o exercício de uma série de funções e poderes administrativos, é decorrência necessária que as agências reguladoras desempenhem uma série de distintas funções, o que chega mesmo a desafiar algu-

desde que aprovado pelo Poder Legislativo. Esta última hipótese, como se viu, foi considerada inconstitucional pelo STF.

547 V. art. 8º da Lei n.º 9.986/2000, com a redação que lhe deu a Média Prolatória n.º 2.216-3/7, de 2001.

548 Em tese, não parece haver vedação constitucional a que seja instituído o recurso hierárquico impróprio, o qual, uma vez previsto, não levaria, necessariamente, à desanulação da agência. A verificação, invariavelmente, teria de ser feita no caso concreto.

mas formulações mais tradicionais da doutrina da separação de poderes.⁵⁴⁹

Em primeiro lugar, e como não poderia deixar de ser, as agências exercem funções administrativas típicas, decorrentes da parcela de poder de polícia que especificamente lhes incumbe. Assim, a atividade econômica regulada, bem como aplicam sanções aos infratores pertinentes.⁵⁵⁰ Contudo, os poderes de que são investidas vão muito além do exercício de funções tipicamente administrativas.

Como uma segunda faceta dos amplos poderes conferidos às agências, a doutrina costuma remeter ao exercício de função arbitral ou quase-jurisdicional. De modo geral, "as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte — hipótese em que se instaura curso ao Judiciário em seguida —, quanto as que se instauram entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários, exercendo a função decisória tal como um árbitro."⁵⁵¹ Na arguta percepção de Paulo Otero, trata-se de fenômeno inusitado para países com tradição de unicidade jurisdicional, conferindo-se agora a ente da Administração Pública uma característica até então exclusiva do Poder Judiciário: o caráter de *terceridade*.⁵⁵² Com efeito, a proposta de um terceiro imparcial, componha os conflitos de interesses entre os atores envolvidos na atividade regulada, apresentando a solução que melhor realize as políticas públicas para o setor.⁵⁵³

549 Alexandre Santos de Azevedo, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 316, item 10.2.

550 V. Alexandre Santos de Azevedo, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 317/318.

551 Luis Roberto Barroso, *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, in *Agências Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binchenjorn), 2005, p. 80.

552 Paulo Otero, *Legislação e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, 2003, p. 325.

553 A propósito, Paulo Otero pontua que: "(...) se assiste hoje ao desenvolvimento de uma nova dimensão do Direito Administrativo: a clássica dimensão

No plano do direito positivo, especificamente em relação aos serviços públicos delegados, encontra-se fundamento para o exercício dessa função no art. 23, inc. XV, da Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95).⁵⁵⁴ Outrossim, as leis específicas de criação de cada entidade reguladora também contemplam o exercício de função julgadora, do que são exemplos o 19, XVII, da Lei nº 9.472/97 (ANATEL), e o art. 3º, V, da Lei nº 9.427/96 (ANEEL).

No exercício dessa função julgadora, vale ainda mencionar a possibilidade da adoção da arbitragem para a solução de conflitos, via que, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, reflete tendência atual de valorização da consensualidade das atividades do Poder Público.⁵⁵⁵ Tal possibilidade pode ser extraída, no âmbito dos serviços públicos delegados, do disposto no art. 23, XV, da Lei nº 8.987/95, assim como, de modo mais específico, da lei de criação de algumas agências (e.g., arts. 20, 27, parágrafo único, e 43, X, da Lei nº 9.478/97, que cria a ANP, art. 35, XVI, da Lei nº 10.233/01, no âmbito da ANTT e ANTAQ).

Por fim, as agências detêm ampla competência normativa em relação aos setores regulados, perfazendo aquela que, certamente, revela-se a mais expressiva das funções que desempenham.⁵⁵⁶

bilateral que, segundo o esquema da relação jurídica, cabe à Administração Pública em oposição aos particulares, é agora abrangida a uma dimensão tripartite em que a Administração Pública disciplina e controla, numa posição em que não do respeito entre privados das condições por ela própria fixadas ou pela lei estabelecidas." Paulo Otero, *Legislação e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, 2003, p. 329.

554 — no foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais." XV 14º cd., p. 99.

556 O que não quer dizer, arbitrariamente, que as normas produzidas pelas agências também se destinam a disciplinar aspectos do setor específico regulado. Pelo contrário, dada a extensão dos poderes normativos conferidos às agências, é mesmo inevitável que suas normas interfiram com outros campos que não, exatamente, o setor que lhes incumbem disciplinar. Um exemplo é esclarecedor. Desde 2001, a Lei nº 10.196 introduziu, na Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) o art. 229-C, segundo o qual "a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependentes da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA". A partir de então, agenciadas também as atividades administrativas e

Dado o amplo grau de generalidade e abstração característico das leis de criação das agências (as chamadas *broad delegations*, como referidas na literatura publicista norte-americana), estas últimas são investidas de grande autonomia normativa, do que decorre, por inevitável imposição prática, a elaboração de normas jurídicas em caráter primário. A produção de normas com aptidão para inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações, constituiria, assim, segundo parcela significativa da doutrina nacional e estrangeira, autêntica nota característica das agências reguladoras.

Alexandre Santos de Aragão, por exemplo, tratando da intencional generalidade e abstração das leis de criação das agências — que decorre, segundo o autor, do que denomina *subdeterminação*, característica ínsita à regulação estatal contemporânea⁵⁵⁷ —, aponta que “as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem *baixa densidade normativa*, a fim de — ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos — projetar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente”.⁵⁵⁸

Apenas para dar a dimensão do exposto, alguns exemplos são ilustrativos: (i) de acordo com a Lei nº 9.427/96, art. 3º, VIII, compete à ANEEL “estabelecer, com vistas a propiciar a concorrên-

ciatária vém sendo travada em torno da amplitude dos poderes da ANVISA no tocante ao procedimento de concessão de patentes envolvendo medicamentos. Restando ao não caracterizado abuso de poder (e a Lei nº 10.196/01 não contém, para o deslinde dessa controvérsia, já que se cinge a estabelecer o art. 229-C, sem ter fixado parâmetros a respeito), fato é que a ANVISA vem exercendo autênticos poderes de revisão das decisões incluídas adotadas pelo INPI. É dizer: adentra a análise dos requisitos de patentabilidade, indo muito além da verificação de aspectos técnicos no campo farmacológico.

557 De acordo com Aragão, que remete a Cabral de Menezes, para alcançar finalidades públicas, “a aplicação dos instrumentos do Direito Público da economia está normalmente prevista em normas flexíveis, consistentes, por exemplo, em cláusulas gerais, comportando um elevado grau de discricionariedade técnica por força do alto grau de caracterização e especialização das suas normas, sem pre variáveis segundo a conjuntura sócio-econômica diante da qual são prospectadas”. V. Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 85.

558 V. Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 406.

cia elétrica entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições” aos negócios dos agentes envolvidos; (ii) segundo o art. 18, caput, da Lei nº 9.472/97, cabe à ANATEL “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras”; (iii) conforme o art. 4º, II, da Lei nº 9.984/00, incumbe à ANA “disciplinar, em caráter normativo, a implementação, operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”; (iv) consoante o art. 8º da Lei nº 9.656/98, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem atender aos requisitos legais para que obtenham a competente autorização operativa, “independentemente de outros que tenham a ser determinados pela ANS”.⁵⁵⁹

A despeito do esforço doutrinário em engendrar explicações teóricas para justificar — ou enquadrar — o amplíssimo poder normativo exercido pelas agências reguladoras, é inegável que sua existência cria uma *tensão* latente com o princípio da legalidade. O adequado equacionamento desse, dentre outros, focos de tensão gerados pela emergência das administrações independentes em relação aos marcos constitucionais do Estado democrático e de direito, constitui objeto do tópico seguinte. Antes, porém, cumpre realçar um breve exercício comparativo entre o modelo regulatório implantado no Brasil e aquele que lhe serviu de moldura inspiração — o norte-americano. Tal comparação revelará um curioso conjunto de *assimetrias* que, por sua relevância política e jurídica, servirá de eixo condutor para a elaboração de sugestões de aprimoramento do arranjo institucional brasileiro.

VI. 3. Contextualizando as agências independentes nos Estados Unidos e no Brasil: mão e contramão.

A circunstância de o modelo regulatório brasileiro, implantado na década de 1.990, haver sido inspirado em larga medida no desenho institucional norte-americano pós-*New Deal* — estruturado

559 Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 406/407.

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 técnica⁵⁶⁰ — 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.

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.⁵⁶¹ 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*.⁵⁶²

Na verdade, embora a *Interstate Commerce Commission (ICC)*⁵⁶³ — normalmente apresentada como a primeira agência reguladora independente norte-americana —, a *Federal Trade Com-*

*mission (FTC)*⁵⁶⁴ e a *Federal Radio Commission (FRC)*⁵⁶⁵ 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.⁵⁶⁶ É neste período que toma corpo, quantitativa e qualitativamente, a idéia de uma Administração política e insulada de influências políticas, caracterizada por sua *expertise* e por sua melhor capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Este é considerado, ainda hoje, o principal legado institucional do *New Deal*.⁵⁶⁷

Porém, das últimas décadas do século XIX 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 *Pure Food and Drug Act*, de 1906, e a *Sherley 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*

560 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).

561 V. Cass R. Sunstein, *O Constitucionalismo após o New Deal*, in *Regulação Econômica e Democracia — O Debate Norte-Americano*, 2003, p. 131/133.

562 V. *Attorney General's Committee on Administrative Procedure, Final Report 7-11* (1941).

563 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)*.

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

565 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)*.

566 V. Cass R. Sunstein, *O Constitucionalismo após o New Deal*, in *Regulação Econômica e Democracia — O Debate Norte-Americano*, 2003, p. 204. 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*.

567 É conhecida a frase pronunciada por Roosevelt de que o líder de administração esdraxurada "havia chegado". F. D. Roosevelt, *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt, The Genesis of the New Deal*, 1928-32, p. 752 (1938).

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 fosse mínima a atividade regulatória das agências de então, 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, impediu 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 das castas de outros. Particularmente, os New Dealers viam o common law como um mecanismo de isolamento da distribuição existente de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo. O catálogo de direitos do common law incluída, 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."⁵⁶⁸

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 estabelecer a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscila-

ções dos mercados desregulados, mas também da necessidade de *dirigir* 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 afirmam-se, 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.

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* eleitoral⁵⁶⁹, 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, responsabilidade 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.ºs 12.291 e 12.498, editados pelo Presidente Reagan, significaram, para muitos, o retorno à era do Executivo unitário, centralizado na figura do Presidente.⁵⁷⁰ O Decreto n.º

⁵⁶⁸ Cass Sunstein, *O Constitucionalismo após o The New Deal*, in *Regulação Econômica e Democracia — O Debate Norte-Americano*, 2003, p. 132.

⁵⁶⁹ 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).

⁵⁷⁰ Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 *Harvard Law Review* 2245

12.291 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 nº 12.498 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 nº 12.866, 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 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.⁵⁷¹

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 desincumbir-se das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo *Administrative*

[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 — participam 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 instância é a Presidência. Vice-
571 ADLAW BULLETIN, Supplement to Pike & Fisher Administrative Law, vol. 15, nº 13, março de 2001.

Procedure Act — APA garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito⁵⁷² e invalidar decisões "arbitrárias" ou "caprichosas."⁵⁷³ A doutrina *hard-look* tem servido ora para exigir das agências a demonstração de que as vantagens da regulamentação 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 participantes 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 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 transitar a regulamentação 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*⁵⁷⁴ 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 são fundamentais, de um lado, para diminuir

572 No caso *Cherrow USA, Inc v. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), a Suprema Corte norte-americana firmou as bases da chamada doutrina *Cherrow*, 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 juizes 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.

573 APA, 5 U.S.C. § 706 (1966).

574 A expressão é devida a Alexandre Santos de Azevedo, *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 275.

o risco de *captura*⁵⁷⁵ 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 processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado constituía-se em requisito essencial. 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 *subtrairse o marco regulatório* do processo político-eleitoral erigiu-se em verdadeiro *tour de force* da reforma do Estado. Daí a ideia da *blindagem institucional* de um modelo, que resistisse até 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 legis-

lador 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 elas buscavam 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.

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 asseguratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos. Por isso as agências são criadas no Brasil como *autarquias de regime especial*, cuja principal característica é a sua *autonomia reforçada* em relação aos poderes constituídos, especialmente face ao Poder Executivo.

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 preservação da autonomia das agências — disjunção promovida 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, percebem agora os agentes econômicos, os agentes políticos e doutrinadores patrios, a necessidade de *matizar* a autonomia técnica das agências com mecanismos de controle político, jurídico e social.

VI. 4. As tensões entre regulação independente e o Estado democrático de direito.

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

575 Sobre o risco de captura, v. Flávio Azevedo Marques Neto, *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*, in *Direito Administrativo Econômico* (org. Carlos Ari Sundfeldt), 2002, p. 89/90. V., também, Fábio Nusdeo, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, 1997, p. 251.

(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 qual 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.

VI.4.1. A sucessão democrática e as agências reguladoras independentes: registros históricos.

O governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva marcou, na história institucional do Brasil, o primeiro teste da estrutura regulatória independente face a sucesso 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.⁵⁷⁶

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 estava 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 visado 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. Haveria, 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 de disputa de poder nutriu essas discussões entre governo e agências. Porém, tais episódios 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 uma 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, poderiam prevenir futuras crises e conferir maior lastro de legitimidade ao papel das agências.

⁵⁷⁶ Jornal *Folha de S. Paulo*, *Lula critica agências e diz que fará mudanças*, 20.02.2003.

VI.4.2. Propostas de aprimoramento do arranjo institucional das agências reguladoras no Brasil.

As idéias que se seguem são tentativas de ajustamento do fenômeno das administrações independentes aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito. Para cada uma das *versões* geradas pela nova configuração *politétrica* da Administração Pública brasileira — com o princípio da legalidade, com o sistema de separação e controles recíprocos entre os poderes e com o princípio democrático — são apresentadas propostas teóricas e práticas voltadas à sua atenuação, de molde a compatibilizar a coexistência das agências reguladoras independentes e do que elas possam oferecer de melhor (gestão mais técnica e profissional, preocupação com a viabilidade de programas e metas de longo prazo, não-submissão à lógica eleitoral de curto prazo, maior racionalidade na regulação da economia, maior independência do governo na proteção de direitos fundamentais), com os ideais básicos de moralidade política inspiradores do projeto de autogoverno coletivo.

VI.4.2.1. Em relação ao princípio da legalidade: rejeição à tese da deslegalização.

Inspirando-se em doutrina europeia — sobretudo espanhola e italiana — significativo círculo de publicistas brasileiros procura justificar a ampla atribuição de poderes normativos às agências como decorrência do fenômeno da *deslegalização*, também denominado *delegificação*.⁵⁷⁷ Uma rápida incursão no direito comparado afigura-se útil para melhor compreensão do fenômeno.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández classificam a *deslegalização* como uma espécie de delegação legislativa, ao lado da *delegação receptiva* e da *remissão normativa*.⁵⁷⁸ A delegação receptiva, prevista no art. 82 da Constituição espanhola, equivale à nossa lei delegada (art. 68 da Constituição Federal). Trata, assim, das hipóteses em que o Poder Legislativo acorda delegar ao governo o poder de criar normas com força de lei formal,

fazendo-o através de lei delegante (no Brasil, resolução do Congresso Nacional), a qual delimitará com precisão o objeto e alcance da delegação legislativa e dos princípios e critérios que deverão ser seguidos no seu exercício.⁵⁷⁹

Uma segunda forma de delegação legislativa seria a remissão normativa, na qual se enquadrariam os tradicionais regulamentos de execução brasileiros. Por esta via, a lei transfere a um ato normativo ulterior, a ser elaborado pela Administração Pública, a regulação de certos elementos que *complementam* a ordenação estabelecida pela própria lei.⁵⁸⁰ Diferentemente da modalidade receptiva, na delegação remissiva as normas produzidas pela Administração ostentam o valor de simples regulamentos, sem adquirir, portanto, o caráter de leis formais.

Por fim, a *deslegalização*. Nas palavras dos consagrados publicistas espanhóis:

*"Llamamos deslegalización a la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración."*⁵⁸¹

Assim é que, sem apresentar conteúdo material, a lei de deslegalização limita-se a *degradar formalmente a hierarquia de determinação da matéria*, de modo a que a mesma possa ser modificada, a partir, daí, por simples regulamentos.⁵⁸² O único limite a esta operação, como adverte os autores citados, são as matérias suplicitas à competência exclusiva do Poder legislativo (reserva absoluta de lei).⁵⁸³

Deste modo, embora não se cogite da atribuição de força de lei aos atos normativos produzidos pela Administração Pública, tal

⁵⁷⁹ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 248.

⁵⁸⁰ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 261.

⁵⁸¹ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 268.

⁵⁸² Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 268.

⁵⁸³ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 269/270.

⁵⁷⁷ Ao tema se retornará adiante, no item VI.4.2.1.

⁵⁷⁸ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 247.

como na delegação remissiva, haveria diferenças entre as técnicas manejadas. A lei de remissão apresenta-se como lei de regulação material e, nesse sentido, é diretamente aplicável por seus destinatários, com a peculiaridade de ser incompleta. De outro modo, a lei de deslegalização "no es una Ley de regulación material, no es una norma directamente aplicable, no es una Ley cuyo contenido haya simplemente que completar; en propiedad, la Ley de deslegalización no tiene contenido normativo alguno, su único contenido es la manipulación de los rangos para abrir la posibilidad a los Reglamentos de entrar en una materia hasta entonces regulada por ley".⁵⁸⁴

Na Itália, Giuseppe de Vergottini conceitua a delegificação como a "transferência da disciplina de determinadas matérias ou atividades da esfera legislativa para a regulamentar do Governo"⁵⁸⁵, afirmando que, nesses casos, o legislador teria optado pelo sistema da assim chamada *revogação disjunta*. Explicta, nesse sentido, que "o efeito revogatório neste caso é remetido à lei, enquanto o regulamento de delegificação assume o valor de um simples fato, de modo que a lei autoriza o exercício do poder regulamentar do governo ao efeito de revogar as disposições legais precedentes".⁵⁸⁶

Como dito, a sofisticada elaboração teórica dos europeus vem exercendo forte influência no Brasil, de modo que é já lugar-comum, entre nós, a justificação do poder normativo das agências através da técnica da deslegalização, definida, sintética e precisamente por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como 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*)".⁵⁸⁷

584 Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, 1995, p. 269.

585 Giuseppe de Vergottini, *A "Delegificação" e a sua Incidência no Sistema das Fontes do Direito* (tradução de Fernando Aurélio Zilveri), in *Direito Constitucional, estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, 1999, p. 166.

586 Giuseppe de Vergottini, *A "Delegificação" e a sua Incidência no Sistema das Fontes do Direito* (tradução de Fernando Aurélio Zilveri), in *Direito Constitucional, estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, 1999, p. 169/170.

587 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 2001, p. 166.

Tal como apontado na doutrina estrangeira, decorrência desse fenômeno de *degradação normativa* — ou rebaixamento do grau hierárquico de certa matéria — seria a possibilidade da revogação, pelo regulamento, de dispositivos outrora disciplinados por lei. Tratando justamente dessa possibilidade, Alexandre Santos de Aragão asseverava que:

"(...) não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?"⁵⁸⁸

A despeito da sofisticação do raciocínio, a tese da deslegalização não tem guarda no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, a deslegalização, nos termos em que apresentada por seus expoentes, transgrediria abertamente a sistemática constitucional das competências normativas atribuídas ao Poder Executivo. A Lei Maior, com efeito, muito ao invés de postular-se genérica e vaga, delimita, com precisão e de modo taxativo, as hipóteses e os instrumentos para o exercício de competências normativas (*primárias e secundárias*) pelo Poder Executivo, engendrando arranjo harmônico e compatível com a lógica do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado.

Assim é que, com vistas à atribuição de poder normativo primário ao ramo Executivo, a Constituição prevê as *medidas provisórias* (art. 62), para os casos de relevância e urgência, além da expressa

588 Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 422/423.

previsão de delegação legislativa, sob a forma de *leis delegadas* a serem elaboradas pelo Presidente da República (art. 68). A previsão explícita, pontual e condicionada de instrumento para a delegação legislativa corrobora o entendimento de que, a despeito de a Constituição Federal não prever clausula expressa de indelegabilidade de atribuições, essa é a regra no direito brasileiro; assim, salvo nos casos em que, por explícita previsão, haja o legislador constituinte delimitado exceção, como no caso do art. 68, o Executivo não disporá de competência normativa primária.⁵⁸⁹

Descendo ao campo infralegal, o art. 84, IV consagra a tradicional modalidade dos *regulamentos de execução*, vocacionados a assegurar a *fiel execução* das leis. Até o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, doutrina amplamente majoritária defendia a existência tão-somente de regulamentos de execução, no Brasil, já que o art. 84, inciso VI, em sua redação original, vinculava a atividade normativa do Presidente da República *aos termos da lei*.⁵⁹⁰ Com a reforma deste dispositivo, operada pela mencionada Emenda Constitucional, nova espécie regulamentar ganhou previsão expressa: o assim chamado *regulamento autônomo*.⁵⁹¹ Deixando de remeter à lei, o art. 84, VI, em sua versão atual, determina ser da competência privativa do Presidente da República "VI — dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos."⁵⁹²

No arcabouço constitucional da sistemática de freios e contrapesos, trata-se, portanto, de mais um instrumento para o exercício de competência normativa (respeitada a preferência legal) pelo Poder Executivo. Ademais, como sustentado no Capítulo III, *supra*,

589 V. Clemerson Merlin Cleve, *Atribuição Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 249, *verbis*: "A Constituição de 1988 não dispõe, expressamente, sobre o princípio da indelegabilidade de atribuições. Tal norma principiológica, entretanto, encontra-se implícita, decorrendo da organização separada das funções do estado. Na vigente Lei Fundamental, mas uma vez, foi incluída a lei delegada entre as espécies normativas integrantes do processo legislativo (art. 59, IV)."

590 O art. 84, VI, em sua redação original, dizia *competit, privatimque*, ao Presidente da República "dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*."

591 Sobre o tema, v. Capítulo III, *supra*.

admite-se também a expedição de regulamentos autônomos em espaços normativos não sujeitos constitucionalmente a reservas de lei (formal ou material), quando, à míngua da disciplina legislativa, a Administração Pública estiver compelida ao cumprimento de deveres imediatamente constitucionais. Nestes casos, como no do art. 84, VI, a lei superveniente *preferirá* à disciplina regulamentar anterior.

Ora, diante da evidente preocupação do constituinte em delimitar e circunstanciar, expressa ou sistematicamente, as hipóteses, as condições e os instrumentos para o exercício de poder normativo primário pelo Poder Executivo, o que milita a favor da proteção para a técnica da deslegalização. Revela-se mesmo um contra-senso reconhecer, por um lado, que a Constituição previu, em seu art. 68, hipótese expressa de delegação legislativa, definindo-lhe claros limites e condições,⁵⁹² e, por outro, aquiescer com a possibilidade genérica da deslegalização, a qual, *ontologicamente*, equivale a verdadeira *delegação legislativa nominada* (ainda que os defensores da técnica procurem apresentá-la como rebaixamento do grau hierárquico de certa matéria, e não como elevação do grau hierárquico do ato regulamentar).

Há ainda um elemento derradeiro, de ordem sistêmica, a rechaçar a admissibilidade da técnica da deslegalização: trata-se da previsão contida no art. 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

"*ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou delegam a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I — ação normativa.*"

592 De acordo com o art. 68 da Constituição, a resolução do Congresso Nacional (ato delegante) deve especificar o conteúdo da delegação e os termos de sua execução. Conforme o parágrafo primeiro do art. 68: "Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos."

Como, portanto, compatibilizar a deslegalização, enquanto via genérica de transferência de parcela do poder legislativo para o Executivo, com a declarada intenção do legislador constituinte originário, espousada neste art. 25 do ADCT, de frear a delegação indiscriminada e sem critérios de funções típicas de um Poder a outro?⁵⁹³

De acordo com o raciocínio até aqui desenvolvido, a deslegalização constituiria verdadeira *fraude* ao processo legislativo contemplado na Constituição, erigido pelo constituinte como garantia dos cidadãos. A esse respeito, vale tecer a analogia: poderia o legislador constituinte derivado criar emenda constitucional autorizando a reforma da Constituição por lei ordinária ou lei complementar? Evidentemente que não. Da mesma forma, atenta contra a lógica do processo legislativo previsto na Carta Maior a norma que, para efeitos práticos, confira tratamento de lei formal (ou equivalente, na prática, a uma lei formal) a ato da Administração Pública, inclusive com *poderes renovatórios*.⁵⁹⁴

593 Na mesma linha, Clemerson Merlin Clève pontua que: "Depois, o Constituinte, no art. 25 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), revogou (...) a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, (...) todos os dispositivos legais que atribuíam ou deleguem a órgãos do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente, no que cinge a: I — ação normativa e, II — alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie". A redação do artigo é eloquente. Se a prática jurídica anterior experimentou a técnica da delegação legislativa atípica, a nova Constituição não mais a tolera. O Constituinte procurou fortalecer a competência normativa do Congresso Nacional. Se os princípios (i) da separação de poderes (art. 2º), (ii) democrático (art. 1º, parágrafo único), (iii) da separação de poderes legal (art. 5º, LIV) e (iv) da legalidade (art. 5º, II) e universalidade da lei (art. 48), inscritos na Constituição, não forem suficientes para impedir a delegação legislativa em apreço, então o art. 25 do ADCT, certamente, a impedirá. Ora, se o Constituinte revogou, incondicionalmente, as delegações do passado, porque quer também proibi-las no presente e para o futuro, Clemerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 305/306.

594 Esta-se de acordo com a posição de Clemerson Merlin Clève, que, tratando das relações entre lei e regulamento, consigna: "O quinto princípio é o da identidade própria do regulamento. Ou seja, ainda que expressamente previsto pela lei, as normas regulamentares guardam a hierarquia que lhes é própria, não alcançando regime jurídico (do regulamentar para o específico da lei). Ainda que o Legislativo pretenda que a norma regulamentar integre o diploma legal, isto não pode

Porta outra guinada de visão, é inegável que a deslegalização importa uma inversão curiosa no seio de um Estado que, após longa jornada autoritária, tanto custou para resgatar a legalidade democrática. Afinal, aquiescer com a possibilidade de agências administrativas revogarem, por meio da edição de regulamentos, todo o quadro legal vigente em determinada matéria, feita cair por terra a garantia de submissão da burocracia à vontade manifestada pelos cidadãos por intermédio de seus representantes eleitos.

Sob o ângulo político, portanto, a crítica que deve ser formulada à deslegalização tem que ver com a obstaculização das vias de *previdência* e *controle* da atuação do Poder Executivo. Diferentemente da delegação nominada (ou típica), prevista no já citado art. 68, em que a constitucionalidade da delegação está condicionada à especificação do objeto delegado e de parâmetros claros e expressos para o exercício da delegação legislativa (assim como para a edição de medidas provisórias, hoje detalhadamente disciplinadas no art. 62), a deslegalização, em via oposta, tem por objetivo, justamente, a delimitação de princípios gerais e cláusulas genéricas pela lei de deslegalização, de modo a deixar amplo espaço normativo ao Poder Executivo ou às agências reguladoras independentes. Ora, a ausência de princípios inteligíveis mínimos (os *intelligible principles*, como referidos na literatura norte-americana, ou as *essencialidade* — a *Wesentlichkeitslehre* — desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal tedesco)⁵⁹⁵ prejudica, demasiada-

ocorrer em face da Constituição. Semelhante provisão não passa de cláusula má e insuscetível de realização". *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 290.

595 O caráter aberto das leis de deslegalização (baixa densidade normativa) pode ser constatado através dos exemplos transcritos: Illinois, acima. Quanto à necessária delimitação de *standards*, é digna de nota a experiência dos EUA, com que a Suprema Corte, sem se ater à investigação da natureza jurídica dos atos normativos expedidos pelas agências (os norte-americanos, afinal, são extremamente pragmáticos), desenvolveu a *teoria dos princípios inteligíveis*. Assim a explica Joaquim B. Barbosa Gomes: "Em primeiro lugar, 'na *la Suprema Corte* examina com bastante rigor se o Legislativo delimitou com a necessária precisão os objetivos' de cada agência. Em seguida, ela verifica se a lei instituidora da agência fixa critérios (*standards*) claros para o exercício da função regulamentadora, perguntando se não há margem para abusos ou excessos (*ultra vires*) e estabelecendo a ponderação entre os objetivos almeçados com a criação do novo

mente, a proposta histórica da modernidade de contensão do arbítrio através da sistemática de freios e contrapesos. Como, por exemplo, dar efetividade à regra constitucional inscrita no art. 49, inciso V, da Constituição (sustação, pelo Senado Federal, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa), se inexistirem parâmetros claros de limitação? Indo além, como viabilizar o controle pelos tribunais na ausência de referências legais?

Nesta toada, a conclusão a que se chega é que o poder normativo das agências reguladoras só pode apresentar *natureza regulamentar infralegal*, sendo a técnica da deslegalização, à luz da sistemática constitucional em vigor no Brasil — considerada tanto sob a perspectiva formal, quanto sob a material —, impréstatível para explicar e inaceitável para justificar o poder normativo de que investidas as agências reguladoras.

Defendendo posição mais restritiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro *defende* uma natureza *infra-regulamentar* das normas expedidas pelas agências reguladoras, que ocupariam, *destarte*, posição hierárquica inferior mesmo aos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, via decreto, *devido-lhes integral observância*.⁵⁹⁶ Não se está de acordo com a *ilustre autora*.

Como já longamente explicitado no Capítulo IV, *supra*, a competência normativa das entidades reguladoras exhibe natureza *regulamentar infralegal*, semelhante àquela reconhecida ao Chefe do Poder Executivo, Marçal Justen Filho, partindo de uma interpreta-

ente e a extensão dos poderes que lhe serão conferidos. Por fim, examina-se o ato legislativo abstrato exercido nas garantias constitucionais clássicas, tais como a da cláusula *due process of law*.⁵⁹⁷ Joaquim B. Barbosa Gomes, *Agência Reguladora: A Maturofase do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*, in *Agência Reguladora e Democracia* (coord. Gustavo Binbenhzi), 2005, p. 45. Assim é que, não passando por esse rigoroso escrutínio da Suprema Corte, a lei será tida por inconstitucional.

⁵⁹⁶ “Mesmo as agências reguladoras das telecomunicações e do petróleo, previstas na Constituição como órgãos reguladores, ao baixar normas voltadas à ‘regulação’ dos setores que lhes são afetos, têm que observar a hierarquia das normas, inclusive a superioridade das normas regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, titular único da função.” Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*, in *Direito Regulatório: Temas Polêmicos* (coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro), 2003, p. 53. V. tb p. 57.

ção sistemática da Constituição Federal, pontua que “uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa”.⁵⁹⁷ Outrosim, enquadrada a competência normativa abstrata das agências como manifestação de discricionariedade.⁵⁹⁸

O poder normativo das agências constitui, portanto, uma das expressões do seu poder discricionário (ou, de forma mais técnica, de seu poder *não intrinsecamente vinculado à lei*) que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos (mas que pode materializar-se em atos administrativos concretos, conforme o caso). Tal poder é imaneamente *infrallegal*, salvo onde a própria Constituição de forma expressa, ou por sua sistemática, o exceção. 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, § 2º, III, respectivamente, aos entes reguladores dos setores de telecomunicações (ANATEL) e petróleo (ANP) evidentemente não tem este condão.

Cumprir, a propósito, transcrever a posição de Juarez Freitas, coincidente com a que aqui se espousa:

“(…) os atos regulatórios devem ser *infralégais*, resumindo-se ao *administrador* inovar como legislador. Assim, por exemplo, a *resolução* de uma agência reguladora pode inovar apenas como ato *administrativo*, porém nos estritos limites da lei. A *infralégicidade* revalida uma *sentença* autocompetente. Não há, portanto, falar em *‘deslegalização’* no campo regulatório, que pode até *nada* importar *‘deslegalização’*, mas não tem *guarda* em nosso *pleco* normativo.”⁵⁹⁸

Rememore-se que o princípio da legalidade serve tanto à autonomia pública dos cidadãos (democrática) como à sua autonomia privada (liberdade). Por seu intermédio, os cidadãos podem tor-

⁵⁹⁷ Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 540.

⁵⁹⁸ “Alguns se que a competência normativa abstrata das agências, no Direito brasileiro, tem de ser enquadrada como manifestação de discricionariedade.” Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 518.

⁵⁹⁹ Juarez Freitas, *O Controle das Atos Administrativos e as Funções Fundamentais*, 2004, p. 48.

nar-se 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 tornam-se senhores do seu destino coletivo (democracia) e individual (liberdade). Esta a dimensão *substantiva* do princípio da legalidade.

A legalidade administrativa, a seu turno, não apenas a proteger a liberdade dos indivíduos (CF, art. 5º, 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. 5º, II e no art. 37, *caput* — não é, portanto, ociosa. Não que a atividade administrativa seja, toda ela, preordenada e, muito menos, fixada exaustivamente na lei. A rigor, como se viu no Capítulo III, 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. Com efeito, há diversas situações em que a Administração Pública está autorizada a agir diretamente pela Constituição ou a tomar decisões em espaços de discricionariedade e livre apreciação abertos pela própria lei.⁶⁰⁰

Apesar disso, 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.

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. Como já visto, isso importaria, no âmbito formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição — o que é inadmissível. Estaria havendo uma *delegação legislativa inominada*, incompatível com a

sistemática da Carta da República. Ademais, repita-se ainda uma vez, a Constituição de 1988 estabeleceu taxativamente as hipóteses e instrumentos por meio dos quais o Poder Executivo está autorizado a editar normas com força de lei. E, no caso, *v.g.*, das medidas provisórias e das leis delegadas, expressamente previstas nos arts. 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 ideia 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 Supremo Tribunal Federal, por sua vez, parece adotar o entendimento que aqui se espousa. Deveras, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, na qual era discutida a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), o Supremo Tribunal Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforme a Constituição, que a competência normativa da ANATEL apresenta *naturza regulamentar*, devendo observar, assim, os limites legais.⁶⁰¹ No julgamento, a dúvida suscitada pela Lei era se a agência poderia editar resoluções que viessem a derogar, 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, sujeitava-se às normas da Lei de Licitações.

Veia-se, no mesmo sentido, *v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO, ADMINISTRATIVO, EDAÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGENCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA

600 Sobre isso, *v. Paulo Otero, Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003.

601 Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 538/539.

NORMATIVA, ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

1. A paridade de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras desvirtua-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 revoogar disposição legal, nem tampouco inovar.⁶⁰²

A dignidade da lei deve ser preservada — ainda que seja em um patamar mínimo de normatividade — como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade regulatória, que permitam aos cidadãos e agentes econômicos e sociais o acionamento de salvaguardas contra eventuais abusos. Por outro lado, tais parâmetros ou *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalmente a sua atuação.⁶⁰³

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 (ainda que não necessariamente de cunho político-partidário ou político-eleitoral) pelos reguladores. De fato, o dever de fundamentação técnica das decisões não inibe que *contêidos volitivos* possam 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.

602. Agravo de Instrumento nº 1.29.949, 6ª Turma, TRF 3ª Região, Relator Juiz Mairan Maia, l. 24.04.2002, DJU 14.06.2002.

603. A exigência de tais *standards* surge na chamada "*non-delegation doctrine*", desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana, em cuja jurisprudência aparece a referência a "*intelligible principles*" (princípios inteligíveis), que deveriam constar necessariamente da lei. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu a chamada "teoria da essencialidade" (*Wesentlichkeitslehre*), que exige do legislador uma "decisão orientadora", mas deixa à regulamentação administrativa o núcleo central do assunto.

VI.4.2.2. Em relação ao sistema de freios e contrapesos: controles anclares do Executivo e do Legislativo.

A autonomia das agências deve sofrer mitigações parciais por via de controles anclares 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 de direito.

Quanto ao Poder 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. Toda via, seria de bom alvitre que a lei distribuisse claramente as competências entre governo e agências e dispusesse sobre as formas de adequação entre elas. Como não há uma distinção doutrinária 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 desses entes independentes, conforme explica Alexandre Santos de Aragojo:

"Estes controles, além de não serem incompatíveis com a autonomia reforçada que caracteriza as agências, integram o seu próprio conteúdo. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, tivesse adido 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 computadores es-tanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento. E 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 independentes⁶⁹⁴ e, por outro lado, se não estivessem sujeitas a nenhuma subordinação (de direção), sequer integrariam a Administração Pública direta, descentralizada.⁶⁹⁵

Vale dizer: a submissão dos órgãos reguladores às políticas públicas traçadas pela Administração Central é uma forma de controle pelo Poder Executivo que se encontra prevista nas próprias leis instituidoras das agências. A competência dos Ministérios para, nos termos do art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição, exercerem "a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal" tem na lei a definição dos seus contornos. É desejável, assim, que o desenho dos marcos legais da relação entre governo e agências seja equilibrado, de modo a preservar uma base de autonomia para os reguladores sem isolá-los completamente das diretrizes geradas pelos governos democraticamente eleitos.

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 prevê em linhas gerais a possibilidade do veto legislativo. Trata-se de uma salvaguarda do poder legislativo, que atribuiu competência ao Congresso para 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.

⁶⁹⁴ Alexandre Santos de Azeição, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 355 e 357.

Ademais, deve o Legislativo exercer o seu papel de fiscal da atividade administrativa, também em relação às agências. A convocação de reguladores, *in 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:

(...)

X — fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídas os da administração indireta."

Tal controle, contudo, não significa que as agências reguladoras devem atuar conforme ordens do Poder Legislativo, mas sim pautar suas condutas segundo a legislação pela qual foram constituídas. Por isso, as leis criadoras dessas entidades devem, formalmente, prever o controle legislativo de suas ações.

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

"Art. 19. A 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."

A fiscalização e o controle legislativo sobre a atividade regulatória das agências visam, na verdade, a garantir a independência das mesmas e a assegurar o cumprimento das atribuições e metas definidas em lei. Esse controle gera segurança e confiança da sociedade sobre os atos praticados pelas agências, vez que ficam sob a canteira 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 face 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 técnicas-científicas das opções adotadas".⁶⁰⁵

Carlos Ari Sunfeld 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 tenha limites claros, sob pena de ocorrer pura e simples delegação legislativa, e acompanhar o cumprimento dos objetivos definidos para o setor, exigindo relatórios detalhados e submetendo-os às comissões específicas do Parlamento.⁶⁰⁶

Tal entendimento coincide com o 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 político-jurídica), 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 apresentam-se como elementos essenciais para a *reconstrução* das agências independentes com o princípio da separação dos poderes e seu conteúdo democrático.

⁶⁰⁵ Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 588.

⁶⁰⁶ Carlos Ari Sunfeld, *Introdução às Agências Reguladoras*, in Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 2000, p. 29.

VI.4.2.3. Em relação ao dito déficit democrático: controle social e legitimização pelo procedimento.

Por fim, à parte os mecanismos de controle exercidos pelos poderes instituídos, a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais almejada forma de *suprimento* do problema do déficit de legitimização democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimização 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 o grau de *autoridade* das decisões das agências.

Historicamente, o problema da legitimidade da Administração Pública sempre foi *reconstruído* aos mecanismos de legitimização dos Poderes Legislativo e Executivo. Em relação ao Legislativo, invocava-se a lei (produto da vontade geral ou, ao menos, da vontade de agentes eleitos) como fonte da autoridade da Administração. Em relação ao Executivo, remetia-se a condução dos negócios administrativos diretamente ao Presidente ou Primeiro-Ministro, escolhidos, de forma imediata ou não, pelo voto popular.

É fácil entender por que ambos os argumentos são insustentáveis. De um lado, a lei é, em geral, um quadro ou uma simples moldura da atuação administrativa. Somente por ignorância ou cinismo alguém poderá negar o (maior ou menor) conteúdo *volitivo* das decisões administrativas, ainda que tomadas dentro dos limites legais. De outra parte, não há como considerar *toda* a atividade administrativa um produto da vontade do Chefe do Executivo. O cotidiano da Administração demonstra que é enorme o grau de pulverização das decisões, sendo a maioria delas tomadas por burocratas profissionais.

Tal situação — de déficit de legitimidade — se agrava ainda mais quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes. É que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração, que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político. Ademais, a não-inclusão das agências na linha hierárquica direta do Chefe do Poder Executivo esvazia por completo o segundo argumento, já que a legitimidade decorrente da investidura popular deste não se transfere a reguladores autônomos.

O fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos — e, notadamente, nos processos regulatórios — tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública. Com efeito, à transição dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma correlativa transição dos mecanismos de participação popular. Neste sentido, a governança por autoridades administrativas independentes desafia a teoria democrática à revisão de parte de seus instrumentos e ao desenvolvimento de novos modelos teóricos de autogoverno coletivo.

No Brasil, a participação popular nas atividades das agências reguladoras encontra previsão, embora incipiente, nos dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências. Dessa forma, instituem-se veículos de controle social dos seus atos, os quais provocam quase sempre 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 ideias 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.⁶⁰⁷ Consistem na realização de sessões abertas a cidadãos individualmente considerados, associações e demais interessados. Nessas ocasiões são esclarecidos e debatidos temas relativos a processos administrativos decisórios 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 bruxa 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 sua validade.

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 orientou-se para a solução mais adequada. Tal forma de participação popular está expressamente prevista na legislação da ANEEL e da ANP, que mencionam também sessão pública para reunião de diretores.⁶⁰⁸

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.⁶⁰⁹ Através da consulta, os interessados podem emitir suas opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela agência. Todas as respostas às 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, na matéria exposta ao questionamento, mudança que possa descharacterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento.

Nos casos em que há obrigatoriedade de realização de consulta pública, a participação torna-se condição de validade do ato, podendo fundamentar pedido de revisão judicial do mesmo. Por isso, é essencial que essa obrigação esteja contida na lei, caso contrário não se poderá questionar a validade do ato normativo à esperta 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 ideias e sugestões. A diferença está na forma de realização. É a-

607 Romneu Felipe Bacellar Filho, *O Poder Normativo das Entes Reguladoras e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade: Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*, Revista de Direito Administrativo n.º 230, out/dez 2002, p. 162.

608 Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira, *Participação Social na Elaboração de Normas das Agências Reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte*, in *Direito Regulatório: temas polêmicos* (Marta Sylvia Zanella Di Pietro, organizadora), 2003, p. 594.

609 Marta Sylvia Zanella Di Pietro, *Participação Popular na Administração Pública*, Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, 1993, p. 134.

quanto a audiência tem a forma de sessão, com data e hora marcadas, 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 nestas últimas se aplica o princípio da oralidade.⁶¹⁰ A ANATEL prevê, em sua legislação — Lei nº 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 nº 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 nº 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. 4º 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. (...)"

⁶¹⁰ Marcos Augusto Perez, *Institutos de Participação Popular na Administração Pública*. Dissertação de Mestrado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1999, p. 156.

Outra importante inovação do Projeto de Lei nº 3337/2004 é a disponibilização na internet dos atos e propostas das agências submetidos à participação popular e de seu relatório anual de atividade:

"Art. 4º (...) "

§ 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, em local es-
pecificado 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."

"Art. 7º Os resultados da consulta e audiência pública e de outros
meios de participação dos interessados nas decisões a que se refe-
rem os arts. 4º e 5º deverão ser disponibilizados em local especifi-
cado e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a inclu-
ção do procedimento adotado, sendo que a participação na consulti-
a pública confere o direito de obter da Agência Reguladora respos-
substancialmente iguais."

"Art. 8º (...) "
Parágrafo único. O relatório anual de atividades deverá ser envi-
nhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de trinta
dias após o encerramento do exercício, ao titular do Mi-
nistério a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara
dos Deputados e disponibilizado na sede, suas unidades descentra-
lizadas e em seu sítio na Internet."

Eloriano Azevedo Marques Neto já havia pensado nesta necessidade de espalhar pela internet o âmbito de divulgação da atividade das agências reguladoras como forma de incremento à participação popular:

"Como consequência da procedimentalidade e da participação, temos que a atividade regulatória deve primar pela extrema transparência. Se, por um lado, tomou a necessidade de abertura aos diversos interesses e o estabelecimento de uma permanente interação entre eles, coloca-se essencial que tudo isso se dê de forma clara, explícita, transparente. A articulação como os atores regulados deve ser feita de clara, com publicidade, evitando sua conversão em mera composição de interesses feita à sorrelha. Se reconhe-

cernos legitimidade dos diversos interesses, nada deve impedir que eles sejam postos para a Sociedade e que a motivação da decisão regulatória a eles seja referencial. A introdução de espaços e oportunidades de consulta 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 inípar e indispensável.⁶¹¹

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 efetiva-se 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 têm caráter consultivo e fiscalizador, incluindo 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 direção da agência".⁶¹²

Há que se levar em conta, entretanto, que o discurso da legitimação pelo procedimento participativo sofre, no Brasil, severas críticas, que decorrem do baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira. Com efeito, em uma pesquisa desenvolvi-

da sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL,⁶¹³ 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, revelou-se ínfima.

A ausência de segmentos da sociedade civil que não representem interesses das empresas de telecomunicações 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.

VI.5. Agências independentes, direitos fundamentais e democracia.

Cumprir, ao final deste capítulo, explicitar, em resumo de tudo quanto exposto, como o modelo estrutural de agências ou autoridades administrativas independentes *constrói-se* com o arranjo de direitos fundamentais e o princípio democrático.

Em primeiro lugar, a temática dos direitos fundamentais relaciona-se com as autoridades independentes na medida em que estas poderão constituir-se, sob determinadas circunstâncias, nos melhores instrumentos administrativos gestores da defesa, promoção e promoção daqueles direitos. Este poderia ser o caso de uma comissão independente incumbida de exercer controle sobre meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádios e televi-

611 Floriano Azevedo Marques Neto, *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), 2000, p. 96.

612 Christiane Catarina de Oliveira Ferreira, *Participação Social na Elaboração de Normas das Agências Reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte*, in *Direito Regulatório: temas polêmicos*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (org.), 2003, p. 596

613 Sobre os dados da pesquisa, v. Paulo Tadeu de Lessa Mattos, *Abertura Reguladora e Democracia: participação pública e legitimidade*, in *Regulação e Desenvolvimento*, Calisto Tanomio Filho (coord.), 2002, pp. 182/230.

econômica, nada nos assegura que, sem as autoridades independentes, tal situação pudesse ser diferente.

Aqui, merece ser enfatizado o papel da agência como mediadora do debate público, traduzindo à sociedade as questões tecnicamente complexas submetidas à sua gestão.⁶¹⁵ Através da condução de mecanismos de participação voltados ao estabelecimento de um diálogo com a sociedade (como as consultas públicas, as audiências pública e os conselhos consultivos), a agência será (ou deve ao menos pretender ser) um *foro* no qual se torne possível a comunicação entre a racionalidade econômica e a racionalidade jurídico-política. Não se trata, portanto, de *isolar* a técnica da política, como pretendem alguns, o que já se afirmou ser impossível, mas de submeter os processos de gestão dos interesses da coletividade ao aprendizado do *instrumental técnico* peculiar ao setor regulado.

Contudo, a *independência* das agências há de submeter-se a limites, pois seus poderes são, ao fim e ao cabo, tributários de um processo de autodeterminação coletiva. Preconiza-se, em tal direção, o aprimoramento de um sistema de controles parciais — políticos, jurídicos e sociais — da atuação das agências, 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.

Em semelhante contexto, 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 administração não imediatamente responsiva à vontade das urnas (por se deverem adotar, por exemplo, medidas impopulares que sejam benéficas à coletividade em médio e longo prazo), 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.

615 Julia Black, *Talking about Regulation*, in *Public Law*, London, Sweet & Maxwell, Spring, 1998, p. 771/105; Julia Black, *New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutionalists Approaches to Regulatory Decision Making*, in *Law & Policy*, January, 1997, p. 51/93; Julia Black, *Proceduralizing Regulation: Part I*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 20, n° 4, 2000, p. 597/614; Julia Black, *Proceduralizing Regulation: Part II*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 21, n° 1, 2001, p. 33/58.