



Floriano de Azevedo Marques Neto

Agências Reguladoras Independentes

Fundamentos e seu Regime Jurídico

ef Editora Fórum

1ª edição, 1ª reimpressão

O Controle das Agências

Sumário: 6.1 O controle conforme os interesses – 6.2 O controle conforme a atividade do regulador – 6.3 O controle conforme os órgãos responsáveis

Uma última crítica vale a pena abordar. Trata-se da suposta ausência de controle das agências. Embora tenhamos conosco que os mecanismos de controle mereçam um aperfeiçoamento, não é verdade que as agências não se submetam a qualquer tipo de controle. Pelo contrário. As agências submetem-se a um controle específico, muito mais denso e complexo do que os críticos mais incautos parecem cogitar.

Afinal, a idéia de que todas as competências integrantes da atividade regulatória devem ser submetidas a algum mecanismo de controle, a exemplo do que ocorre com a atuação estatal em geral, é puro bom senso. A novidade relativa ao controle das agências (e grande parte da celeuma em torno do tema) decorre das especificidades que assume a moderna regulação estatal, as quais nos referimos na parte inicial deste texto.

Com efeito, o fato de a moderna intervenção regulatória ser muito mais pautada pelo caráter de mediação, do que pela imposição de objetivos e comportamentos ditada pela autoridade, acarreta algumas peculiaridades ao controle da atividade regulatória. Peculiaridades estas que, como veremos, incrementam a complexidade do estudo do controle das agências reguladoras.

De início, o controle específico demandado pela moderna regulação estatal impende sejam descartadas algumas formas mais tradicionais de controle da Administração pública. Essa necessidade surge porque o controle da atividade estatal, tal como ele costuma ser concebido — é dizer, um controle feito *a posteriori*, exercido quase que exclusivamente por órgãos integrantes do aparelho do Estado e focado na verificação formal do cumprimento de prescrições legais — revelar-se-ia ineficaz ou, no mínimo, insuficiente, se voltado à atividade das agências reguladoras.

Quanto a isso, veremos que o controle pode ser, a princípio, tanto reativo como proativo. As medidas reativas são as que mais se aproximam do controle mais tradicional da Administração pública, ao qual nos referimos anteriormente, configurando uma reação dos administrados às afrontas perpetradas contra seus interesses. As medidas reativas, por seu turno, podem envolver tanto medidas prévias da parte dos administrados (principalmente através da utilização dos canais de participação popular) quanto medidas concomitantes que se traduzem no acompanhamento permanente da atividade das agências.

Não bastasse esta multiplicidade de formas pelas quais o controle poderá ser exercido, diversos também são os interesses e os agentes titularizados para exercer o controle sobre o regulador. Variadas são ainda as competências abarcadas pela atividade regulatória que se submetem a esse controle. Voltaremos a isso mais adiante.

Por ora, limitamo-nos a defender que a perplexidade e a resistência inicial que esse afastamento do controle tradicional da Administração pública poderia acarretar podem ser enfrentadas através de um aprofundamento dos debates em torno do controle específico ao qual devem se submeter as agências reguladoras.

Nesse sentido, a análise dos aspectos que determinam a complexidade do controle da atividade regulatória estatal nos parece um bom caminho para se abordar o tema. Optando por esse caminho, acreditamos ser útil dividir a questão em três planos, a exemplo do que já fizemos em trabalho anterior.⁸⁸ São eles: i) o plano do controle conforme os interesses envolvidos; ii) o plano do controle conforme a atividade do regulador; e iii) o plano do controle conforme os órgãos competentes para o seu exercício.

6.1 O controle conforme os interesses

A moderna regulação estatal é marcada, conforme já explicitamos, pela idéia de equilíbrio dentro de um sistema submetido à atividade regulatória. Segundo também já afirmamos, é inerente à regulação a busca da composição dos interesses presentes no setor regulado, entendidos aqui não só como interesses internos a um dado sistema econômico, como por interesses de caráter geral, que extrapolam o setor regulado.

A abordagem dos interesses afetados pela atividade das agências reguladoras não deve, contudo, considerar exclusivamente a dicotomia entre interesses privados (atuação estabilizadora) e interesses públicos (atuação redistributiva) que tentadoramente desponta quando se fala no assunto. Embora a dicotomia entre público e privado não deixe de ser pertinente, sob o ponto de vista do controle das agências, convém tentar identificar os diversos agentes legitimados a manejar os mecanismos para tanto existentes. Afinal, o exercício da regulação envolve uma multiplicidade de interesses, que, por sua vez, reportam-se a uma multiplicidade de agentes

⁸⁸ Aliás, sigo de perto nessa parte do trabalho, as linhas por mim já traçadas naquela oportunidade: *Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.), *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 220 et seq.

titularizados para exercer o controle sobre o regulador, levando, finalmente, com que o exercício do controle seja não só complexo, como também conflitivo, conforme veremos.

Nesses termos, entendemos que controle conforme os interesses, isto é, o controle visto a partir dos titulares dos direitos envolvidos no exercício da regulação, abrange tanto o controle deflagrado pela ação dos titulares de direitos atingidos pela atividade regulatória, quanto aquele exercido pela sociedade a partir dos mecanismos de participação dos cidadão na atividade regulatória.⁸⁹ Em outras palavras, é possível detectar a existência de dois níveis distintos de interesses envolvidos no controle da regulação estatal. De um lado, temos os interesses individuais de diferentes ordens. De outro, uma gama de interesses coletivos e difusos.

No que tange aos titulares de direitos individuais afetados pela regulação estatal, é possível identificar duas classes de administrados: i) aqueles que desenvolvem com a Administração uma relação de parceria; e ii) aqueles que se encontram submetidos de alguma maneira à atividade ordenadora inerente à regulação, independentemente de serem ou não parceiros da Administração pública.

Dessa distinção de posições em que se encontram os administrados, decorrem diferenças substanciais nos interesses que buscam defender através do controle da atividade regulatória. Os administrados que travam parceria com a Administração concentram, por exemplo, sua demanda na busca do maior grau

⁸⁹ Conforme já tive a oportunidade de manifestar em outra ocasião, no âmbito da atividade regulatória podemos separar: i) o controle exercido de ofício pelos órgãos dotados de competência para tanto (por exemplo, o controle exercido pelas ouvidorias das agências ou o controle exercido pelo Ministério Público como curador de interesses difusos); ii) controle exercido por provocação dos diretamente interessados na atividade regulatória (hipóteses de direito de petição, recursos, requerimentos, representações administrativas ou provocação da jurisdição); ou ainda iii) o controle decorrente da atuação do administrado no âmbito dos mecanismos de participação popular ou controle social do regulador, ainda que este administrado não esteja envolvido diretamente com a atividade regulatória (op. cit., nota 88, p. 221).

de certeza e segurança jurídica possíveis no ambiente regulado, visando, como não poderia deixar de ser, a resguardar seus investimentos realizados através da parceria. Ainda seguindo essa mesma lógica, tais administrados tendem não apenas a querer garantir os investimentos feitos, como também a buscar deles o maior rendimento possível, pressionando os órgãos reguladores para que estabeleçam políticas regulatórias viabilizadoras dessa pretensão.⁹⁰

Já os administrados submetidos de alguma forma à atividade ordenadora, inerente à regulação estatal, tendem a pelear para que a regulação seja a mais tímida e reduzida possível, tanto pelo prisma da sua amplitude quanto pelo prisma da sua intensidade. Seu objetivo é mitigar os ônus advindos de sua sujeição à atividade ordenadora das agências. Também nesse caso a apropriação da regulação para que atenda aos interesses individuais dos administrados é um risco, sobretudo no que diz respeito à utilização da atividade regulatória como um fator determinante no auferimento de vantagens competitivas.

No que tange aos interesses coletivos ou difusos destaca-se a posição dos consumidores enquanto titulares de direitos envolvidos na regulação estatal. Mas também aqui há pelo menos duas classes distintas de consumidores que precisam ser pensadas separadamente em razão de possuírem interesse nem sempre coincidentes: os consumidores efetivos dos bens e serviços objeto da regulação, e os consumidores potenciais.

É certo que a ambos os tipos de consumidores interessa,

⁹⁰ Essa pressão é vastamente explorada pela teoria da captura, reconhecida crítica liberal à regulação estatal. Sobre o tema ver especialmente: STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.), *Regulação Econômica e Regulação*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 23-48 e DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities? *Journal of Law and Economics*, Apr. 1968, p. 55-65. Ver também CUSHMANN, Robert E. *The Independent Regulatory Commissions*. New York: Octagon Books, 1972; BERNSTEIN, M. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton Univ. Press, 1955.

de modo geral, que a atividade ordenadora inerente à regulação se desenvolva da forma mais eficiente possível, no sentido de coibir abusos e omissões da parte dos agentes regulados. Contudo é especificamente no interesse dos primeiros (efetivos), e não necessariamente dos segundos (potenciais), que a política regulatória é formulada visando a assegurar a modicidade dos preços no setor regulado, bem como níveis elevados de qualidade e a diversidade da oferta. Da mesma forma, interessa especificamente aos segundos (potenciais), e não aos primeiros, que a regulação seja tal que facilite o acesso crescente de parcelas não atendidas à comodidade oferecida no setor regulado. Para que fique clara a diferença/oposição de interesses que justifica a distinção entre as duas classes de consumidores, basta lembrar, por exemplo, que a universalização dos serviços não raro só é viabilizada com a manutenção dos preços em um determinado patamar, gerando excedentes de renda para os operadores investirem na universalização dos serviços.

Além dos consumidores e dos administrados, é preciso considerar ainda o interesse dos empregados ou trabalhadores na atividade regulada, como um interesse que também é afetado pela atividade regulatória estatal. De fato, as reivindicações da massa dos assalariados de um dado setor regulado são, sem dúvida, mais uma fonte de conflitos e de complexidade do controle da atividade regulatória conforme os interesses. Sobretudo porque os interesses dessa classe não raro se encontram em freqüente oposição aos interesses dos consumidores, os quais costumam ser onerados pelas demandas trabalhistas de aumentos salariais e greves, por exemplo.

Essa mesma oposição costuma valer também para núcleos de defesa de interesses mais amplos, como, por exemplo, o interesse representado pelas entidades ambientalistas, que por

vezes estão em linha de confronto com os interesses imediatos dos consumidores.

6.2 O controle conforme a atividade do regulador

Outro enfoque que apontamos como possível para se abordar o controle da regulação estatal é aquele que toma por base as diferentes atividades englobadas na função regulatória desempenhada pelas agências.

Com efeito, já se tratou nesse trabalho da amplitude de poderes que as agências possuem. Falou-se, então, dos poderes normativos, de outorga, de fiscalização, sancionatórios, de recomendação e de conciliação que detêm as agências reguladoras para o adequado exercício da atividade regulatória.

Pois bem. O exercício de cada um desses poderes distintos suscita controles diversos.

O controle do muito discutido poder normativo das agências, cabe, segundo nos parece, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, cada um a sua maneira.

Enquanto titular do poder de inovar na ordem jurídica, cabe ao Legislativo, com base na sua competência prevista no art. 49. V da Constituição,⁹¹ exercer o controle sobre os comandos gerais para o setor regulado editados pela agência. Controle esse que pode ser exercido tanto de ofício, como mediante provocação de interessados no exercício do direito constitucional de petição (art. 5º XXXIV, “a”, CF).⁹² Cabe também ao Poder Legislativo a importante tarefa de estabelecer os limites para o exercício do poder normativo pelas agências. É com base nesses

⁹¹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

⁹² “XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

limites que tanto o próprio Legislativo como o Poder Judiciário poderão controlá-lo adequadamente.

No que tange especificamente ao Poder Judiciário, ele deverá exercer o controle que lhe cabe sempre que provocado a se manifestar por algum interessado, com base no princípio da inafastabilidade da apreciação judicial (art. 5º, XXXV, CF).⁹³ Tendo em vista o que foi dito sobre a regulação conforme os interesses, tem-se que os legitimados a buscar tal tutela judicial serão ora os titulares de direitos subjetivos que sejam afetados no exercício da competência normativa pelas agências, ora o Ministério Público e associações, que, mediante a demonstração da violação de direitos difusos passível desse tipo de tutela, poderão questionar os atos normativos editados pelas agências através de ações civis públicas. Nesse sentido, entendendo ainda possível o controle da atividade normativa da agência mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tal como dispõe a Lei nº 9.882/99.

O controle do poder de outorga,⁹⁴ por se tratar, em última instância, do controle de atos administrativos concretos, aproxima-se da regra geral dos mecanismos de controle da atividade administrativa, feito, mormente, pela via judicial.

Nesses termos, temos que tal controle poderá se realizar,

⁹³ "XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

⁹⁴ Em outra oportunidade, também tratando do controle da regulação conforme a atividade do regulador, preferi me referir a competências adjudicatórias ao invés de poder de outorga, o que não implica em nenhuma mudança substancial no meu posicionamento sobre o tema. A diferença, embora exista, é sutil e se justifica, em grande parte, pelo contexto em que ambos os trabalhos foram escritos. Competência adjudicatória e poder de outorga não são termos excludentes, nem opostos. Na realidade o poder de outorga se insere na competência adjudicatória, na medida em que ela "envolve a emissão de comandos concretos necessários ao exercício de direitos referentes à exploração da atividade regulada" (op. cit., p. 229), comandos estes que "podem ou não se traduzir em outorgas de direitos não extensíveis a todos os interessados" (id.). A opção pela ênfase ao poder de outorga, feita nesse trabalho, decorreu da necessidade sentida de se enfrentar a oposição que costuma se colocar a esse poder, associada basicamente à dificuldade de se enxergar as agências em um papel de "poder concedente".

por exemplo, pelos particulares que se sentirem prejudicados pelas autoridades reguladoras no exercício do poder de outorga, através da interposição de mandado de segurança ou outra medida processual cabível. Em se tratando de violação a direitos difusos, outro possível meio para a efetivação de tal controle é a ação civil pública. A ação popular, por seu turno, também será cabível, nos casos que envolvam processos de escolha de um particular em detrimento de outros.

No que diz respeito aos legitimados para exercer esse controle, temos que eles não se limitam apenas àqueles que tenham seus direitos subjetivos afetados pela atividade regulatória estatal. Podem os administrados de uma maneira geral controlar o exercício do poder de outorga pelo regulador, com vistas a evitar que tal exercício se dê de maneira excessivamente restrita, ou excessivamente permissiva.

Substancialmente, o controle do poder de outorga das agências deverá zelar, sobretudo, pela adequação ao princípio da proporcionalidade, dos requisitos e restrições impostos para a efetivação da outorga.⁹⁵

Diante da importância da garantia de independência das agências reguladoras, assunto sobre o qual já insistimos nesse trabalho, não é possível admitir que se exerça qualquer forma de controle hierárquico no âmbito interno do Poder Executivo. Já o controle pelo Poder Legislativo se dará, nesse caso, através dos Tribunais de Contas.

Por seu turno, o controle do exercício do poder de fiscalização também pode ser dividido em dois planos: i) o controle exercido pelos fiscalizados que entendam terem seus direitos lesados pela atividade regulatória estatal e; ii) o controle exercido

⁹⁵ Sobre o tema, ver meu: Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, p. 69-93.

pelos administrados, de uma maneira geral visando a resguardar seu direito subjetivo-público à fiscalização adequada do setor regulado.

No primeiro plano, mais simples, o exercício do controle da atividade regulatória trará elementos típicos do controle da atividade administrativa de uma maneira geral, quando este é exercido pelo cidadão diretamente afetado. Já no segundo plano, a nosso ver, são legitimados a exercer o controle tanto as entidades defensoras de direitos difusos quanto os próprios indivíduos.

Embora seja feito preponderantemente no âmbito do Poder Judiciário, o controle do poder fiscalizatório das agências também cabe ao Legislativo em sede de prestações de contas, quando o Congresso ou o Tribunal de Contas avaliam a atividade do regulador de uma maneira geral.

O controle do poder sancionatório obedece, em linhas gerais, ao que foi dito sobre o controle do poder de fiscalização. Há também dois planos de controle: i) o do particular sancionado e; ii) o controle da parte dos administrados. Ambos também são exercidos principalmente no âmbito do Poder Judiciário.⁹⁶

Há, contudo, alguns fatores distintivos dignos de nota entre o controle do poder de fiscalização e o controle do poder sancionatório. Nesse sentido, pode-se destacar, por exemplo, o fato de o controle exercido pelo regulado ser mais freqüente diante do poder sancionador das agências do que o controle

exercido pelos administrados de uma maneira geral, já que a competência para aplicar sanções atinge diretamente direitos subjetivos dos sancionados. Além disso, em se tratando do poder de aplicar sanção, haverá ainda a provocação de mecanismos de controle por parte dos regulados também em virtude de conflitos submetidos ao regulador, sobretudo da parte daqueles que se sentirem lesados com as sanções advindas da decisão proferida pela agência.

Nunca é demais lembrar que, tanto na atividade de fiscalização, como na atividade sancionatória, é de suma importância o respeito aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, como, aliás, é próprio do direito administrativo sancionador como um todo. Legalidade aqui entendida tanto no seu sentido material (previsão legal da punição da conduta que estabeleça com clareza a conduta punível, as penas e a autoridade competente para impô-las) como no seu sentido procedimental (respeito ao contraditório, à ampla defesa, etc.). Proporcionalidade aqui entendida como respeito aos requisitos da necessidade, adequação e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

A questão do controle com relação aos poderes de conciliação é um pouco mais delicada.

Os poderes de conciliação, conforme já afirmamos em momento anterior deste trabalho (item 3.3), se traduzem na capacidade de o regulador conciliar ou mediar os diversos interesses envolvidos no setor regulado.

Há duas formas de atuação distintas abarcadas pela expressão poderes de conciliação: a mediação e a arbitragem (que tecnicamente não é bem uma conciliação). O controle sobre elas cabe quase que exclusivamente ao Poder Judiciário, já que nos parece inconcebível a realização de tal controle pelo Tribunal de Contas.

⁹⁶ Vale aqui lembrar o que já mencionei em outra oportunidade a esse respeito: "Além do Judiciário, têm avultado as manifestações dos Tribunais de Contas no sentido de controlar a atividade sancionatória dos reguladores. A tese central para tanto é a de que, mediante a aplicação de sanção, cumpriria ao regulador assegurar a qualidade e a regularidade da atividade regulada. O risco desse tipo de controle é a tendência das Cortes de Contas se substituírem ao regulador, pois, ao punir os agentes incumbidos da regulação por falta ou insuficiência de exercício do poder de apenar, o Tribunal de Contas passa a assumir o papel de avaliar a conduta do regulado. Além disso, há o risco de que esta atividade evolua para uma sanção indireta ao regulado (pois este não é sujeito diretamente à jurisdição do Tribunal) com todos os problemas trazidos pela falta de contraditório e de ampla defesa." (op. cit., p. 223)

Ainda que o controle em relação à arbitragem exercido pelo judiciário deva, via de regra, se dar de maneira mitigada (não sindicabilidade prevista na Lei nº 9.307/96), em determinadas ocasiões nos parece que tal mitigação não deve prevalecer. A começar, é claro, pelo controle dos aspectos formais que em nenhuma hipótese é afastado, mas, além disso, há ocasiões em que mesmo o controle que não se limite ao controle dos aspectos formais se justifica. Esse nos parece ser o caso, por exemplo, das hipóteses em que a cláusula arbitral não seja livremente pactuada pelos regulados. Isso porque, nesses casos, não nos parece ter realmente havido a renúncia voluntária à busca da jurisdição como forma de dirimir os conflitos. Outra hipótese em que a apreciação do judiciário não poderia ser afastada diz respeito às situações em que a decisão arbitral extrapole os liames do conflito que a originar, envolvendo, por exemplo, a interpretação ou estipulação de decisão regulatória, posto que, nesses casos, independente da existência de cláusula arbitral, estão em jogo direitos indisponíveis.

No que tange à mediação, resta claro que também será possível o controle pelo Judiciário, embora se saiba serem menos freqüentes as situações ensejadoras de medidas de controle da parte tanto dos envolvidos no conflito a ser mediado, como dos administrados. Sim, porque essas duas ordens de interesse também se encontram implicadas pelos poderes de conciliação. De um lado, temos o interesse das partes envolvidas em obter a solução mais rápida, mas eficiente e ainda consentânea com a manutenção de um ambiente de segurança jurídica no setor regulado. De outro, o interesse difuso de toda a coletividade de que os conflitos que surjam no setor regulado sejam satisfatoriamente equacionados.

Uma última questão relevante sobre o controle dos poderes de conciliação diz respeito à hipótese de omissão do

regulador no cumprimento dessa função. Afinal, a decisão dos conflitos no setor regulado pode, por vezes, ser encarada pelo regulador como um desgaste a ser evitado, levando-o a se esquivar de exercer seu papel de árbitro ou mediador. Parece, contudo, que, em se tratando de competência inerente à atividade de regulação estatal, qualquer omissão no seu exercício será afrontante ao princípio da função, que veda ao agente público furtar-se a exercer suas competências.

O controle dos poderes de recomendação, ainda que menos relevante do que o controle dos demais poderes, também é cabível e justifica algumas explicações.

Conforme já afirmamos (item 3.3), os poderes de recomendação consistem na prerrogativa da agência de subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas a serem adotadas para o setor regulado no âmbito das políticas públicas. Trata-se, portanto, de atividade eminentemente de suporte e orientação técnica, o que justifica a baixa relevância do controle que acaba de ser aludida.

Ainda assim, é possível falar em exercício de controle sobre os poderes de recomendação com relação a alguns aspectos. Primeiramente, temos que, a exemplo do que acabamos de afirmar acerca dos poderes de conciliação, a omissão no exercício desse poder por parte do regulador não pode ser tolerada. Informações e dados sobre o setor regulado não podem ser sonegados pelas agências, sejam eles requeridos pelo próprio Estado, sejam eles requeridos por entidades da sociedade civil.

Também, por óbvio, deve haver algum controle sobre o conteúdo das informações prestadas, visando a garantir sua veracidade, já que elas serão precioso instrumento na formulação de políticas públicas adequadas à promoção do desenvolvimento. Aliás, justamente por integrar o processo de decisão política relativa ao setor regulado, deve ainda os poderes de

recomendação das agências serem objeto do controle através dos mecanismos sociais que recaem, ao menos em tese, sobre toda decisão política.

No que tange ao controle do cumprimento da obrigação de disponibilizar informações, ele é exercido, mormente, pelo Legislativo, que pode, para tanto, inclusive convocar os dirigentes do órgão regulador para prestar informações.⁹⁷ Contudo, não vemos óbices a que tal controle também se realize, por vezes, através do Judiciário, inclusive com base no exercício do direito de certidão (art. 5º, XXXIV, “b”, CF).⁹⁸ Também cabe ao Judiciário aferir a confiabilidade e a veracidade do conteúdo das informações prestadas pelo regulador, sempre que o interessado em obter a informação correta o provocar nesse sentido. Dificilmente haverá interesses individuais diretamente envolvidos no controle dos poderes de recomendação. Prevalecem, nesse campo, os interesses institucionais, titularizados pelos órgãos encarregados da elaboração de políticas

⁹⁷ Sobre a questão da possibilidade da realização de tais convocações, levantada pela interpretação literal do art. 50 da CF, que se refere expressamente apenas à possibilidade de convocação de Ministros de Estado e dirigentes dos órgãos expressamente vinculados à Presidência, já me manifestei da seguinte forma em outra oportunidade:

“É fato que a locução do referido artigo decorre de uma estrutura um tanto ultrapassada de Administração Pública, marcadamente hierarquizada, em que a interface com o Congresso daria-se através dos Ministros de Estado. Havendo alguma questão atinente a ente da administração indireta, bastaria convocar o Ministro a cujo Ministério o ente está vinculado para, via responsabilidade hierárquica, ter-se suprida a necessidade de informação. Num contexto mais hodierno de Administração, marcado pela multiplicação de entes dotados de autonomia ou independência (como há de ser com os órgãos de regulação), essa solução nem sempre é suficiente dada a inexistência de subordinação hierárquica do regulador ao Ministro. Por essa razão, é importante a prerrogativa do Congresso de convocar os reguladores para prestar informações ao Parlamento. É bem verdade que, novamente aplicando-se a teoria dos poderes implícitos, pode-se sustentar que tendo o Congresso competência para convocar Ministro, nada haveria a tolher-lhe a competência para convocar dirigentes de entidades da Administração Indireta, ainda que dotadas de autonomia. Porém, não creio que seja necessário ir tão longe. É que o artigo 49, X, já consigna competência expressa para que o Parlamento “fiscalize e controle, diretamente, os atos do Poder Executivo”, entendido de maneira bastante ampla. Pressupondo que o texto constitucional não prevê competências sem assegurar os meios necessários ao seu exercício, não vejo qualquer óbice a que o Congresso exerça suas competências para convocar os dirigentes dos entes reguladores a prestar-lhe informações” (op. cit., p. 237)

⁹⁸ “XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”

públicas, e os interesses difusos correspondentes ao direito da coletividade de que a regulação se desenvolva de forma transparente e confiável.

6.3 O controle conforme os órgãos responsáveis

Esse é o último plano pelo qual nos propomos a estudar o controle da atividade regulatória estatal. Na verdade já tratamos em certa medida desse controle ao apontar os legitimados para exercer o controle das agências pelo prisma dos dois outros planos já abordados. Ainda assim, acreditamos importante nos determos um pouco mais sobre alguns aspectos do controle exercido pelo Executivo, pelo Legislativo, pelo Judiciário, e por outros entes de regulação.

De todos esses, o controle exercido pelo Executivo é, sem dúvida, o mais polêmico. Isso se explica pela existência de uma tendência da parte do Executivo em tentar transformar o regulador num veículo de intervenção governamental no setor regulado. Ora, uma tal captura do regulador comprometeria irremediavelmente a autonomia e a independência das agências, já apontadas aqui como características indispensáveis para o adequado exercício da regulação.

Por isso, insistimos, é incompatível com a moderna regulação estatal qualquer mecanismo de controle hierárquico a ser exercido sobre as agências pelo Executivo. Da mesma forma, nos parece que o exercício do controle da atividade regulatória pelo Executivo não pode ser feito através dos famigerados contratos de gestão. Parece descabido tanto tratar o descumprimento de metas para a regulação estatal como um ilícito contratual, como pretender que as agências travem com o núcleo central do Estado uma relação mediada por contrato, e não por meio de lei e dos marcos de políticas públicas legalmente previstos.

Isso não implica, contudo, afirmar que os órgãos centrais do Executivo não podem exercer controle algum sobre a atividade regulatória das agências. Tal controle é possível, e pode se dar, por exemplo, mediante a provocação do Congresso para sustar ato normativo que exorbite os limites de delegação ao regulador, via apresentação de recurso aos órgãos superiores (art. 58, II da Lei nº 9.784/99), ou mesmo provocando o Judiciário a se manifestar sobre eventuais irregularidades na conduta das agências.

O Poder Legislativo, embora não possua ascendência direta sobre órgãos que façam parte da estrutura do Executivo, desempenha papel fundamental no controle das agências reguladoras, principalmente no que tange ao controle da sua atividade normativa e dos resultados da regulação.

Esse papel fundamental deve-se ao duplo reconhecimento de que, de um lado, é este o Poder ao qual cabe, segundo a Constituição Federal, a prerrogativa de legislar (daí ser ele competente para controlar a atividade legiferante do regulador), e de outro, de que o controle da conformidade da atuação do regulador em relação aos objetivos da regulação será melhor desempenhado pelo poder de Estado de maior representatividade (maioria e minoria).

Ainda no tocante ao controle exercido pelo Legislativo, cabe aos Tribunais de Contas um relevante papel no controle não só das atividades-meio do regulador, como também da atividade-fim. Controle este, sempre, é bom ressaltar, exercido apenas com relação aos interesses afetos ao Poder Público (o que exclui os vários outros interesses envolvidos na regulação, como, por exemplo, os interesses dos competidores e dos consumidores). Por isso, tem-se que o controle a cargo do Tribunal de Contas decorre não só da sua tarefa de auxílio ao

Congresso. Afinal, recaindo a regulação sobre bens ou serviços públicos, compete diretamente à Corte aferir se os interesses afetos ao Poder Público estão sendo preservados.

A crescente autonomia e independência das agências, veementemente defendidas nesse trabalho, fazem crescer em importância o controle exercido pelo Judiciário. Afinal, trata-se a atividade regulatória de uma atividade de grande repercussão não apenas para o interesse dos regulados, como para o interesse da coletividade em geral. O que torna o controle judicial imprescindível.

Esse controle judicial, tal como já afirmamos,⁹⁹ não pode se limitar a um controle exclusivamente formalista, da legalidade do ato administrativo. Ele deve atingir também, quando provocado, o juízo da proporcionalidade, avaliando a obediência aos requisitos da necessidade, adequação e da ponderação da medida regulatória em função dos objetivos da regulação.

A chamada “discrecionabilidade técnica” das agências não pode nem deve ser usada como obstáculo ao controle da atividade regulatória pela via judicial. Pois se é verdade que o juiz não pode se substituir ao regulador, também é verdade que a uma maior margem de discrecionabilidade dada aos agentes estatais no âmbito da moderna regulação estatal deve corresponder um controle mais robusto, inclusive pela via judicial.

Nesses termos, entendemos haver espaço para um controle da proporcionalidade da atividade regulatória, ainda que isso implique a assunção de certos riscos. Riscos estes que vão desde a possibilidade já aventada de o juiz acabar exercendo juízo de conveniência sobre a opção técnica do regulador sem

⁹⁹ Ver: *Discrecionabilidade Administrativa e Controle Judicial da Administração*, In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 196.

que esteja habilitado para tanto, até a de que acabe substituindo o regulador, escolhido a partir de um processo complexo que envolve Legislativo e Executivo, por um perito de sua preferência, que muitas vezes não terá a visão sistêmica do setor regulado, sem esquecer ainda da já proclamada redução da efetividade regulatória gerada pela constante sujeição das decisões regulatórias ao controle judicial.

Malgrado todos esses riscos, não nos resta dúvidas de que o controle judicial se afirma como contraponto indispensável à independência e ao reforço dos poderes dos órgãos de regulação que defendemos em várias partes desse trabalho. Contudo, é necessário e urgente que o Judiciário se aparelhe e especialize de modo a estar apto a exercer o controle dos atos típicos de regulação, o que envolve a necessidade de celeridade nas decisões judiciais, que deverão acompanhar o tempo dos setores regulados.

Além dos controles exercidos pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, há ainda que mencionar o controle exercido por outros entes de regulação, a que chamamos “controle regulatório cruzado”. Conforme já mencionamos nesse trabalho, a regulação pode dizer respeito tanto a um setor específico, como a toda a economia (caso em que se busca a tutela de um interesse determinado), sendo, portanto, possível falar em dois tipos diferentes de autoridades reguladoras: i) as que exercem regulação setorial e; ii) as que exercem regulação transversal.

Dessa variedade regulatória deriva a necessidade de harmonia entre os diferentes pólos de regulação. Justifica-se, assim, a importância da existência de um controle, sobretudo da parte dos organismos de macrorregulação, sobre as decisões das agências setoriais que venham a afetar os interesses por eles tutelados (por exemplo, controle pelo prisma concorrencial e pelo prisma consumeirista).

Deixamos propositadamente por último a análise do controle exercido pela sociedade que, aliás, não se caracteriza propriamente como órgão de controle. Fizemos isso, pois acreditamos que sua importância merece ser especialmente destacada, como condição essencial para o próprio sucesso do recente modelo regulatório implantado no país.

A primeira afirmação a ser feita nesse sentido é, sem dúvida, a de que o controle social da atividade regulatória é sempre possível. Assim é que, embora não tenhamos feito referência expressa nesse sentido, cabe à sociedade o controle da atividade regulatória seja qual for a competência a ser objeto de controle, e seja qual for o órgão através do qual tal controle venha a ser exercido.

Isso porque, cabe à sociedade exercer o controle tanto de forma direta, através da via participativa, como de forma indireta, através de mecanismos de pressão. No que tange à via participativa, já propugnamos à exaustão nesse trabalho a importância da efetivação de uma ampla abertura à participação popular para a otimização e a legitimação da atividade regulatória. Os instrumentos para tanto são os mais diversos, e vão desde a participação em consultas públicas, à participação em audiências públicas, até à participação popular nas ouvidorias.

Contudo, o controle pela via participativa nem sempre se mostra possível ou adequado (como é o caso, por exemplo, do controle das competências fiscalizatórias). Quando isso ocorre, o controle pela via indireta tende a ganhar em importância. Nessa hipótese, cabe à sociedade o importante papel de cobradora de resultados das agências, ou ainda de cobradora de atitudes daqueles que detenham a competência para o exercício do controle da atividade regulatória visando à defesa de seus direitos.

Verdade que, pelo que demonstra nossa ainda pouca experiência em matéria de regulação, o controle do regulador é feito preponderantemente pelos agentes econômicos regulados, sendo ainda insignificantes os resultados efetivos da previsão de mecanismos de participação popular.¹⁰⁰

Se é assim para o controle pela via da participação direta, que dizer então do controle pela via indireta, muito mais exigente em termos de mobilização? O contexto regulatório brasileiro definitivamente não é dos melhores sob esse aspecto. Entretanto, ainda assim, acreditamos que na medida em que crescer a percepção da importância e das implicações da atividade regulatória estatal, esse quadro tende a se reverter.

Nesse sentido, nunca é demais lembrar que a publicidade dos atos envolvidos na atividade regulatória aparece, é claro, como condição para que o controle seja exercido pela sociedade, não sendo coincidência que o controle popular tenha nascido do mesmo processo de publicização do Estado que deu origem à moderna regulação estatal.

Portanto, parece-nos falacioso pretender questionar o modelo das agências sob a alegação genérica de que elas se constituem como entes estatais não submetidas a qualquer controle. Insistimos neste ponto: a moderna configuração do Estado brasileiro já abandonou de há muito a tradição segundo a qual só haveria controle dos entes da Administração mediante o processo hierárquico. Hoje não só os poderes crescentemente se controlam de forma recíproca, como crescem os instrumentos de controle pela sociedade sobre a atividade

estatal, administrativa em particular. Se temos muito a avançar em termos de controle (e no capítulo seguinte enuncio algumas trilhas para tanto), esse avanço certamente não se daria no sentido das mais obtusas e arcaicas concepções de Administração pública.

¹⁰⁰ O que se comprova pelo fato, por exemplo, de participarem dos processos de consulta e audiências públicas esmagadoramente mais os regulados do que os usuários. Sobre isso ver o interessante estudo: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Agências Reguladoras e Democracia: Participação Pública e Desenvolvimento*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182-230.