ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
Coordenador

Alexandre Santos de Aragão • André Fontes • André-Jean Arnaud
Carlos Ari Sundfeld • Carlos Roberto Siqueira Castro • Egon Bockmann Moreira
Fábio Barbalho Leite • Floriano de Azevedo Marques Neto • Giovani R. Loss
Glauco Martins Guerra • Gustavo Binenbojm • Jacintho Arruda Câmara
José dos Santos Carvalho Filho • Marçal Justen Filho • Marcos Juruena Villela Souto
Marcos Paulo Verissimo • Maria D'Assunção Costa • Patricia Regina Pinheiro Sampaio
Paulo Todescan Lessa Mattos • Sérgio Guerra • Tercio Sampaio Ferraz Junior
Thiago Marrara • Vitor Rhein Schirato

O Poder Normativo das Agências Reguladoras

2ª edição
revista e ampliada

1932

Editora FORENSE

341.3221

1ª edição – 2006
2ª edição – 2011

© *Copyright*
Alexandre Santos de Aragão e outros

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P797

O poder normativo das agências reguladoras / Alexandre Santos de Aragão, coordenador... [et al.] – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ISBN 978-85-309-3346-3

1. Agências reguladoras de atividades privadas – Brasil. 2. Agências reguladoras de atividades privadas – Legislação – Brasil. 3. Concessões administrativas – Brasil. 4. Serviço público – Brasil.

I. Aragão, Alexandre Santos de, 1959-.

05-3258

CDU 342.978 (81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Endereço na Internet: http://www.forense.com.br – *e-mail*: forense@grupogen.com.br
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Parte I – OS PRINCÍPIOS

- O Direito Contemporâneo entre Regulamentação e Regulação: o Exemplo do Pluralismo Jurídico
- A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica
- Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade
- Agências Reguladoras e Poder Normativo
- Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar
- Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras
- Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências
- Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras
- Atividades Privadas Regulamentadas
- O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência

Parte II – LEGITIMIDADE DO PROCESSO NORMATIVO E CONTROLE

- Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"?
- Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro
- Regimentos Internos das Agências Reguladoras e a Transparência Administrativa
- Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras
- O Controle Jurisdicional de Atos Regulamentares das Agências Reguladoras diante do Princípio da Moralidade Administrativa
- Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial
- A Legalidade na Relação entre Ministérios e Agências Reguladoras

Parte III – ASPECTOS ESPECÍFICOS

- Omissão no Exercício do Poder Normativo das Agências e a Concorrência Desleal
- Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial
- O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e a Legalidade: o Caso da Assinatura do Serviço Telefônico
- Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais – Limites aos Poderes Normativo e Sancionatório da Anvisa na Regulação de Produtos Fumígenos
- Algumas Considerações Atuais sobre o Sentido de Legalidade na Administração Pública

gen
www.editorafo

MANESCO.
RAMIRES.
PEREZ.
AZEVEDO
MARQUES

Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"?

Marçal Justen Filho[1]

Sumário: 1. O déficit democrático: questão inerente à configuração estatal vigente? **2.** Primeira questão: a relação entre agência e democracia. **2.1.** Rudimentos sobre o conceito de "democracia". **2.2.** Democracia e restrições à "vontade" popular. **2.3.** A ausência de um modelo único ou padronizado de "democracia". **2.4.** Impossibilidade de eleição de "paradigmas cristalizados" para avaliação da questão. **2.5.** Democracia como conjugação de estruturas e processos decisórios complexos. **2.6.** Diversas vias de legitimação democrática. **3.** A "crise" da democracia. **3.1.** Agências independentes e o déficit democrático do Estado ("déficit externo"). **3.2.** Ainda o déficit democrático do Estado: a crise de legitimidade política. **3.3.** Síntese: as agências em face do déficit democrático "externo". **3.4.** Primeira conclusão: a relação entre agência e sistema político democrático. **4.** As agências independentes e um conceito próprio de déficit democrático. **5.** O déficit democrático "interno" das agências: a pluralidade de enfoques. **6.** A democracia nas agências sob o prisma estrutural. **6.1.** Composição colegiada e competências conjuntas. **6.2.** Disciplina sobre a escolha dos membros. **6.2.1.** Inexistência de déficit democrático pela ausência de escolha por sufrágio popular. **6.2.2.** O déficit democrático derivado do processo de escolha. **6.2.3.** Fracionamento da competência para nomeação dos membros das agências. **6.2.4.** Mandatos descoincidentes. **6.2.5.** Requisitos de investidura. **6.3.** Disciplina sobre a situação jurídica dos dirigentes das agências. **6.3.1.** Garantia contra demissibilidade *ad nutum*. **6.3.2.** Mandatos a prazo certo e vedação à recondução. **6.4.** Disciplina sobre a competência regulatória. **6.4.1.** Representação popular e processo decisório estatal. **6.4.2.** Transferência limitada e condicionada de poderes decisórios. **6.4.3.** A insuficiência das concepções tecnicistas. **6.4.3.1.** A existência de critérios valorativos subjacentes. **6.4.3.2.** Os limites à revisibilidade jurisdicional. **6.4.3.3.** A insuficiência lógica do argumento da legitimação técnica. **6.4.3.4.** Descompromisso democrático e perda da eficiência. **6.4.4.** Decisão constitucional sobre a extensão das competências das agências. **7.** A democracia nas agências sob o prisma funcional. **7.1.** Repressão a qualquer modalidade de atuação autoritária ou prepotente. **7.2.** Consagração do devido processo administrativo. **7.2.1.** A questão da "legitimação pelo procedimento". **7.2.2.** A definição democrática do devido processo administrativo. **7.2.3.** A consagração de um processo administrativo democrático. **7.3.** Participação popular e da sociedade. **7.3.1.** A necessidade da participação da sociedade. **7.3.2.** A insuficiência da publicidade "passiva". **7.3.3.** A participação externa relevante. **7.4.** Controle externo. **7.4.1.** Controle externo pelo Poder Executivo. **7.4.2.** Controle externo pelo Poder Legislativo. **7.4.3.** Controle externo pelo Poder Judiciário. **8.** A impossibilidade de independência absoluta. **9.** Conclusão: existe um déficit democrático na regulação independente?

---

1 Professor Titular da UFPR.

1. O DÉFICIT DEMOCRÁTICO: QUESTÃO INERENTE À CONFIGURAÇÃO ESTATAL VIGENTE?

Em 1979, David Marquand apontou a deficiência na forma de indicação dos membros do Parlamento Europeu, os quais eram (à época) indicados indiretamente pelos parlamentos nacionais. Cunhou, então, a expressão *déficit democrático* para qualificar a situação, pretendendo que a solução residiria na adoção de sistema de eleição direta.[2] A questão específica foi superada pelas novas regras atinentes à eleição dos membros do Parlamento Europeu, mas a expressão sobreviveu e ganhou generalização. Passou a aludir-se, de modo amplo, ao *déficit democrático* da União Europeia visando a indicar não apenas a ausência de mecanismos de participação direta do cidadão na formação da vontade política, mas também a inaplicação das concepções clássicas de tripartição de poderes à organização comunitária europeia.

A disputa europeia foi apropriada na discussão nacional sobre agências reguladoras. Instaurou-se controvérsia sobre a constitucionalidade dessas entidades, invocando-se a impossibilidade de sua consagração em um sistema político democrático, tal como aquele configurado pela CF/88.

Tal como as dúvidas foram importadas do ambiente europeu, também se pretendeu aplicar no Brasil um conjunto de soluções desenvolvidas naquele cenário. Assim, passou a aludir-se a *legitimação pelo procedimento*, sustentando-se que a *natureza* da legitimidade inerente às agências se fundaria não na sua vinculação à vontade popular, mas no modo pelo qual exercitariam seus poderes.

O núcleo da controvérsia abrange questões de grande relevância, mas não tem cabimento albergar enfoque nem propor soluções fundadas no modelo europeu.

2. PRIMEIRA QUESTÃO: A RELAÇÃO ENTRE AGÊNCIA E DEMOCRACIA

A mera proposição sobre a existência de um *déficit democrático* na atuação das agências reguladoras já evidencia, sob certo ângulo, uma tomada de posição sobre a questão. Tal como colocada a indagação fundamental, pressupõe-se que a atuação das agências reguladoras *deve* observar os instrumentos democráticos. Afinal, *déficit* indica uma relação de insuficiência. *Déficit democrático* denota a insuficiência de "democracia" na atuação das agências.

Ora, essa proposta já comporta alguma espécie de questionamento, na exata medida em que cabe discutir, antes de qualquer outro ponto, a necessidade de uma organização administrativa estatal ser norteada por princípios democráticos. Mas o impasse apenas pode ser superado a partir da definição do conceito e da extensão de *democracia*. Ou seja, sequer será possível determinar se uma agência reguladora deve ser democrática enquanto não for esclarecido o que se entende por democracia.

---

2 Confira-se, acerca do tema, Yves Mény, "De la démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges", *Journal of Common Market Studies*, 41 (1), March 2003, pp. 8 e segs.

2.1. Rudimentos sobre o Conceito de "Democracia"

Como ensina Bobbio, "por Democracia se foi entendendo um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja, das decisões que abrangem toda a comunidade) mais do que uma determinada ideologia".[3] Esse conjunto de regras se traduz na vinculação entre a vontade popular e o provimento dos órgãos políticos máximos, com a garantia de que todos os indivíduos tenham assegurada a condição de cidadania e de livre exercício de suas escolhas e com a vedação de que a maioria retire da minoria (*vide* 4º parágrafo deste item) os direitos e garantias inerentes à condição de indivíduo.

Ocorre, no entanto, a impossibilidade de uma definição padronizada e absoluta de Democracia. Ao longo da História, têm existido inúmeras experiências políticas concretas qualificáveis como democráticas. Aliás, algumas delas foram reputadas, no seu tempo, como democráticas, mas não poderiam merecer tal qualificação em face da evolução da Civilização.[4]

Tem de se reconhecer que certas fórmulas, difundidas ao longo do século XIX como indicadoras da essência da Democracia, sejam reputadas como insuficientes. É o caso da clássica definição do "governo do povo, pelo povo e para o povo".

Por um lado, experiências concretas forneceram comprovação de que nenhuma Democracia pode configurar-se a partir da preponderância ilimitada da vontade da maioria. Aliás, atribuir a largos extratos da população o poder de decisão sobre questões fundamentais tende à destruição da democracia. O interesse da maioria não pode conduzir à destruição de valores fundamentais ou de certos direitos e garantias reconhecidos em prol da totalidade dos cidadãos.[5]

Por outro, também se asseverou a necessidade de dissociação entre a vontade popular e o exercício de certas funções estatais. Como lembrava Biscaretti di Ruffia, um poder judiciário encarregado de aplicar a lei se organiza segundo o princípio da absoluta imparcialidade, o que aconselha a um distanciamento da pressão popular direta. Quanto ao poder executivo, também há certas funções cujo desempenho pressupõe imparcialidade, a qual poderia ser comprometida pela disputa eleitoral.[6]

Essas considerações não encerram a abordagem. Muito pelo contrário, fornecem o enfoque a partir do qual cabe sua análise.

---

3 *Dicionário de Política* (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino), 5ª ed., Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1993, verbete "*Democracia*", p. 326.

4 O exemplo mais evidente, que até dispensaria outras considerações, é a democracia ateniense do séc. V a.C., que excluía a participação das mulheres e dos estrangeiros e comportava a existência de escravos.

5 Como afirma Konrad Hesse, "... à democracia direta, que mais se aproxima do autogoverno do povo, é domínio de homens sobre outros homens, e, precisamente, da maioria sobre a minoria; mesmo no caso de unanimidade, ela ainda é domínio daqueles que participaram na votação sobre os não votantes, e a afirmação da identidade de governantes com governados é nada mais que uma identificação entre domínio da maioria e domínio do povo" (*Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã, p. 118, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1998).

6 *Enciclopédia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1964, tomo XII, pp. 117 e segs.

2.2. Democracia e Restrições à "Vontade" Popular

Para existir Democracia, é indispensável que certas funções sejam ocupadas por sujeitos escolhidos pela vontade popular, tal como é necessário que as decisões concretas reflitam o interesse dos componentes da organização sociopolítica. Mas a Democracia exige que as minorias tenham seus interesses assegurados e que os valores fundamentais sejam realizados mesmo *contra* a vontade da maioria ou de extratos significativos da população.

Reconhece-se, então, que todo e qualquer sistema que aspire à Democracia comporta um conjunto de princípios e regras destinados tanto a assegurar a participação popular na formação da vontade política quanto propicie limites a essa participação. Uma Democracia não se configura como um sistema de organização política em que toda e qualquer decisão é produzida pela vontade do povo (ou da maioria dos seus integrantes).

É possível lembrar, então, famoso precedente da Corte Europeia dos Direitos Humanos, no sentido de que "se bem que seja necessário subordinar os interesses dos indivíduos àqueles de um grupo, a democracia não se restringe à supremacia constante da opinião de uma maioria; ela impõe um equilíbrio que assegure às minorias um tratamento justo e que evite todo abuso de uma posição dominante".[7]

2.3. A Ausência de um Modelo Único ou Padronizado de "Democracia"

Justamente pela ausência de um modelo único, cada Estado concebe uma certa *arquitetônica* para organizar sua ordem político-jurídica e produzir uma sistematização democrática.

Daí se extrai que não existe um modelo único de regime democrático. Não se pode aludir a uma única alternativa, na medida exata em que existem diferentes soluções concretas para produzir o equilíbrio entre a preponderância da vontade da maioria e a realização dos princípios fundamentais.

Por outro lado, poderia afirmar-se que nenhum modelo concreto é definitivo, perfeito e acabado. Até se poderia imaginar que algumas experiências se integraram no patrimônio cultural ocidental, de modo a não se admitir sua supressão. Tal se passa, por exemplo, com a eleição direta dos integrantes do parlamento (ou, ao menos, de parcela substancial dos seus componentes). Também é inquestionável a necessidade de um sistema judiciário independente, que assegure tutela aos direitos e interesses das minorias, mesmo quando tal se revelar desconfortável para as maiorias. No mais, porém, a Democracia é uma concepção em construção, que se encontra em evolução.[8]

---

7 Caso *Young, James e Webster*, decidido em 13 de agosto de 1981 (confira-se em Patrick Wachsmann, *Libertés publiques*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2000, p. 63).

8 Essas considerações permitiriam uma série de desdobramentos. Assim, poderia reconhecer-se que a Democracia, enquanto experiência concreta, é sempre um conceito relativo, de natureza dinâmica. Seria até mesmo possível cogitar de uma espécie de "índice democrático", destinado a avaliar a capacidade de o sistema assegurar a realização dos valores democráticos. Todos esses temas escapam, no entanto, aos limites do estudo.

2.4. Impossibilidade de Eleição de "Paradigmas Cristalizados" para Avaliação da Questão

Daí se formulam três premissas de exame da questão do "déficit democrático".

Em primeiro lugar, a Democracia consiste numa experiência concreta, inconfundível com formulações teóricas e abstratas. Não é cabível eleger uma determinada concepção teórica como paradigma para avaliação do cunho democrático de um sistema. Isso corresponderia a confundir a instituição social com o discurso abstrato de um pensador.

Em segundo lugar, a Democracia tem de ser situada em face da dinâmica evolutiva da História. Não é viável subordinar a avaliação do cunho democrático de uma organização política atual aos parâmetros de um momento histórico não mais existente.[9]

Em terceiro lugar, a Democracia deve ser examinada em face das circunstâncias sociopolíticas de que se trate. Não há como comparar sociedades diversas, ainda que coexistentes contemporaneamente, elegendo as instituições de uma como padrão de avaliação das instituições da outra. Assim, por exemplo, não teria cabimento julgar se existe Democracia na França a partir do modelo norte-americano. Veja-se que a concepção norte-americana orientou-se para o controle de constitucionalidade das leis, segundo um perfil muito próprio. Já no enfoque francês, negar aplicação a uma lei, ainda que por eventual incompatibilidade com a Constituição, configuraria séria ofensa ao princípio democrático. Ou seja, é inquestionável que França e EUA são Estados democráticos, mas cada qual consagra soluções distintas para questões similares.

Isso tudo não equivale a negar a possibilidade de avaliação do cunho democrático de um dado sistema político concreto. O que se rejeita é a adoção de um conceito autoritário de Democracia, reduzindo-a a uma concepção subjetiva escolhida individualmente por um certo doutrinador ou por um grupo delimitado de sujeitos. A avaliação objetiva do cunho democrático de um sistema faz-se pela consideração à existência de instrumentos que assegurem a preponderância da vontade da maioria mas com garantia de realização dos valores e princípios fundamentais.

2.5. Democracia como Conjugação de Estruturas e Processos Decisórios Complexos

Admite-se, então, que a Democracia consiste num modo de organização do corpo político, atinente não apenas às estruturas estatais mas também aos processos decisórios vigentes. A Democracia não se restringe apenas ao princípio da eletividade para composição dos órgãos dotados de competências decisórias fundamentais, mas também apanha o modo pelo qual as decisões são produzidas. Trata-se de conceito resultante de características estruturais e funcionais e seu núcleo se relaciona com a existência de (a) mandatos eletivos temporários para os

9 E vice-versa, aliás. Justamente por isso, é um contrassenso pretender negar a natureza democrática da organização política ateniense do séc. V a.C., ainda invocando os aspectos antes apontados.

cargos políticos de maior relevância e de (b) instrumentos de garantia e controle do exercício do poder, destinados a assegurar tanto a referibilidade das decisões à vontade popular como a realização dos princípios e valores fundamentais. Essa organização do poder político estatal deve assegurar a limitação interna das competências, de modo a evitar a possibilidade de decisões arbitrárias ou resultantes de preferências subjetivas irracionais dos eventuais e temporários ocupantes de cargos e funções públicas.

2.6. Diversas Vias de Legitimação Democrática

Assim colocada a questão, tem de admitir-se que a legitimação democrática é produzida por diversas vias. Reduzir a legitimação democrática exclusivamente à via da eleição popular reflete uma concepção limitada, insuficiente e inadequada sobre o próprio conceito de Democracia. Mais precisamente, poderia supor-se que a eleição popular dos exercentes do poder político é um dos ângulos da legitimação popular – mas seria um equívoco afirmar que todo e qualquer governante, simplesmente porque eleito pelo povo, seria dotado de legitimidade democrática. Um governante que, eleito pelo povo, exercite suas funções sem respeito às instituições fundamentais da Democracia padecerá de uma carência de legitimidade democrática.

Em última análise, retorna-se uma distinção clássica no pensamento da Teoria Geral do Estado, consistente na diferenciação entre *legitimação pelo título* e *legitimação pelo exercício* do poder.[10]

Essas considerações poderiam conduzir a afirmação de que somente não padeceria de legitimação democrática a instituição estatal que congregasse os diversos ângulos e requisitos necessários à configuração da Democracia. Mas daí não se poderia extrair que existiria um *déficit democrático* em instituição estatal determinada, simplesmente porque a investidura de seus membros não se faria por meio de sufrágio universal. O que a Democracia exige é que os titulares de determinados órgãos sejam escolhidos pelo voto, não que todo e qualquer cargo público resulte da eleição popular. Aliás, muito pelo contrário, tem de admitir-se que a investidura por mérito em determinados cargos e funções públicas é inerente a um sistema democrático. Não é democrático o Estado em que todos os cargos e funções públicas são providos mediante sufrágio universal.

Os cargos e funções públicas cuja investidura se funda num critério de mérito refletem a natureza complexa do conceito de Democracia. Sua existência não padece de déficit democrático na medida em que os cargos e funções essenciais sejam providos mediante sufrágio universal. Não há déficit democrático na instituição estatal constituída sem participação direta do povo quando a função consista precisamente em neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização dos valores e princípios fundamentais.

10 Sobre o tema, confiram-se as considerações do autor, constantes de "Notas sobre a Legitimidade Jurídica e a Constituinte", *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, vol. 8, pp. 143-227, 1986.

3. A "CRISE" DA DEMOCRACIA

Por outro lado, vem-se diagnosticando um cenário de *"crise"* para os sistemas democráticos ocidentais. Segundo Chevallier, tal deriva de quatro fatores principais: a crise da representatividade, a crise da participação, a crise da cidadania e a perda de referências.[11] Daí a afirmação de que "a legitimidade dos representantes não é então adquirida pela simples magia da eleição: a democracia não se reduzirá nunca apenas aos processos eletivos; ela supõe ainda o respeito ao pluralismo, a garantia dos direitos e liberdades, o debate sobre as escolhas coletivas... Em outras palavras, a legitimidade dos representantes depende de sua conformidade com certas exigências de ordem ética".[12]

3.1. Agências Independentes e o Déficit Democrático do Estado ("Déficit Externo")

Assim colocada a questão, não seria exagero afirmar que o surgimento de agências independentes reflete uma aspiração de ampliação desse "índice democrático" do sistema, a que se referiu anteriormente.[13]

Observe-se que a figura das agências independentes vem sendo adotada em diversos Estados ocidentais, nos quais vigoram (inquestionavelmente) sistemas democráticos. Ainda que o modelo das agências tenha tido origem, em termos característicos, nos EUA, é possível verificar a existência de manifestações similares ou equivalentes nas democracias europeias. Aliás, seria perfeitamente cabível asseverar que as *"autoridades independentes"* francesas surgiram sem vinculação precisa e exata com o modelo norte-americano.[14] Mas também há agências independentes na Itália, na Alemanha, na Suécia, em Portugal e assim por diante. Todos esses Estados consagram formas democráticas de governo.

Asseverar que a difusão do modelo de agências no âmbito de todos esses Estados é uma decorrência da consagração de concepções neoliberais seria um excesso. Ou, melhor, seria uma asserção destituída de qualquer efeito crítico, apto a gerar uma reprovação às entidades sob cogitação.

É que, em todos os casos, a instituição de agências independentes derivou da constatação de que a atribuição de certas competências de natureza normativa e executiva a órgãos providos por via eleitoral gerava risco de sacrifício de valores fundamentais. A necessidade de manter o prestígio perante o eleitorado gera a potencialidade da adoção de decisões inadequadas – não porque incompatíveis com

11 Jacques Chevallier, "La crise da la démocratie: mythe ou réalité?", em *Les mutations contemporaines du droit public – Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 366 e segs.

12 Chevallier, "La crise de la démocratie...", cit., p. 376.

13 No mesmo sentido, Luigi Arcidiacono, "Governo, autorità indipendenti e pubblica amministrazione", in *Le autorità indipendenti – da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano (a cura di Silvano Labriola)*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 74 e segs.

14 Em especial, porque tais entidades não se dedicavam, em origem, a tarefas de regulação econômica, mas a assegurar a tutela efetiva a direitos e garantias individuais e coletivos.

a vontade da maioria, mas porque aptas a destruir valores, princípios e interesses tutelados pela ordem jurídica.

A instituição da agência independente reflete, então, a ampliação da complexidade do sistema de freios e contrapesos. Visam a atenuar a concentração de poder, ampliando o número de instituições estatais dotadas de competências decisórias e limitando o âmbito de atuação dos governantes eleitos (sejam eles integrantes do Executivo ou do Legislativo).

Alude-se a *déficit democrático* não porque os governantes sejam escolhidos por processos distintos da eleição, mas porque um Estado Democrático não pode ser governado com atenção exclusiva à vontade popular, tal como antes assinalado.

3.2. Ainda o Déficit Democrático do Estado: a Crise de Legitimidade Política

Mas também cabe referir a *déficit democrático* em virtude de outra peculiaridade vivenciada contemporaneamente pela grande maioria dos Estados ocidentais. Trata-se da crise de legitimidade derivada, dentre outros fatores, da inadequação dos mecanismos clássicos da Democracia para assegurar a compatibilidade entre o interesse da Sociedade Civil e a atuação dos representantes eleitos pelo voto. Verifica-se a crescente insatisfação popular contra a classe política, visualizada como incapaz de manter o compromisso com os eleitores ou inapta a introduzir modificações significativas na atuação governamental.

Sob esse ângulo, o fenômeno das agências reguladoras se relaciona com outras inovações características dos tempos atuais, tais como a consagração do princípio do devido processo administrativo, afirmação da proteção aos interesses coletivos e difusos, a ampliação da iniciativa popular no processo legislativo, a submissão de decisões político-administrativas relevantes a consultas e audiências públicas e assim por diante. Em todos os casos, busca-se estabelecer um canal mais adequado e satisfatório para manifestação da vontade da chamada *Sociedade Civil* como alternativa às soluções da teoria clássica da tripartição de poderes.[15]

3.3. Síntese: as Agências em Face do Déficit Democrático "Externo"

Poderia aludir-se, então, a um *déficit democrático* do sistema político em seu todo. Esse déficit existe antes e independentemente da instauração de agências independentes. Nessa linha, as agências independentes podem ser um instrumento para o suprimento dessa insuficiência, tal como podem prestar-se ao agravamento desse cenário.

Como apontara argutamente um grande pensador, a difusão dessas entidades independentes "pode ser considerada sob dois ângulos diversos. Ou bem se

15 Para uma abordagem mais ampla a propósito das dificuldades para promover a "atualização" do princípio da separação de poderes, confiram-se as considerações realizadas pelo autor no tópico sobre "A tripartição de poderes - velhos e novos problemas" *in O direito das agências reguladoras independentes* (São Paulo, Dialética, 2002, pp. 344 e segs.).

pode nisso reconhecer uma fratura ao princípio democrático, que postula que o poderio (*puissance*) do Estado seja exercitado sob a autoridade e o controle direto dos eleitos pela Nação... Assim, as autoridades administrativas independentes constituem-se em pequenas ilhas administrativas protegidas contra a intromissão dos eleitos. No limite, uma administração inteiramente composta por pequenas ilhas dessa ordem, em virtude da generalização do processo de criação dessas autoridades, seria não mais do que um universo balcanizado, escapando ao controle da Nação, e tendendo insensivelmente ao corporativismo. Ou bem pode-se estimar que essa 'despolitização' de uma séria de funções estatais permite restabelecer os marcos, os limites à ação dos governantes, tal como reconstituir, no próprio seio da esfera estatal, os contrapoderes que tendem a desaparecer, pelo fato do fenômeno da concentração do poder e da preponderância sempre mais nítida do Executivo... por essa via, o Estado talvez possa encontrar, se é que algum dia foi um 'Estado de Justiça', as raízes profundas de sua instituição".[16]

3.4. Primeira Conclusão: a Relação entre Agência e Sistema Político Democrático

Assim colocada a questão, pode formular-se uma primeira conclusão, no sentido de que uma organização estatal democrática exige e pressupõe instituições cuja composição e funcionamento escape do princípio da eletividade.

Não é compatível com a Democracia a generalização da existência dessas instituições, o que produziria uma tendência à feudalização do Estado. Em uma Democracia, o núcleo das competências legiferantes e governativas deve ser reservado a instituições compostas e organizadas segundo o princípio do sufrágio. Mas é indispensável a existência de organismos administrativos destinados tanto a funcionar como freios e contrapesos como a ampliar o processo de comunicação entre a Sociedade e a burocracia.

As agências independentes desempenham essa função, do que deriva que sua legitimação democrática deriva não do seu (inexistente) vínculo ao sufrágio universal, mas da sua capacidade de minorar o déficit democrático externo do sistema político. Ou seja, uma agência dita independente carecerá de *déficit democrático* reflexo, na medida em que o sistema político, em seu todo, configure-se como não democrático. Isso não impede, no entanto, que a agência independente seja um instrumento de ampliação da condição democrática do Estado.

Nesse contexto, a agência reguladora reflete uma dupla proposta de aperfeiçoamento do sistema democrático.

Sob um prisma, nem todas as decisões estatais podem ser alicerçadas exclusivamente no critério da *vontade popular*, tendo em vista o risco de comprometimento da realização de valores e princípios fundamentais.

---

16 Jacques Chevallier, "Reflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes", SJ 1986 – I, *Doctrine*, nº 3.254, *apud* Maurice-Antoine Lafortune, *Le Contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractere économique* (Hervé de Charette, éd.), Paris, Economica, 2002, pp. 45-46.

Por outro ângulo, é necessário ampliar os canais de comunicação entre o Estado e a Sociedade, propiciando a participação popular e dos grupos organizados na formação de certas decisões que apresentam relevância significativa em determinados setores.

4. AS AGÊNCIAS INDEPENDENTES E UM CONCEITO PRÓPRIO DE DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Daí se segue que a ausência de eleição popular para os membros das agências reguladoras é irrelevante para o reconhecimento de algum *déficit democrático*. A natureza e a função das agências reguladoras, tal como se passa quanto ao Judiciário, ao Ministério Público, aos Tribunais de Contas e à grande parte da organização administrativa do Estado, excluem análise dessa ordem.

Deve ter-se em vista que a Democracia se afirma, no âmbito da agência reguladora, sob prismas e instrumentos distintos daqueles que se põem no tocante a outras instituições estatais.

Mas isso não equivale a afirmar que agência reguladora independente e Democracia são conceitos não inter-relacionáveis. Não se pretende sustentar que uma agência reguladora não pode ser nem democrática nem não democrática. Nem teria cabimento sustentar que a agência reguladora deve ser não democrática.

Reputa-se como possível (ainda que não desejável) a existência de agência independente não democrática num Estado democrático. Isso ocorrerá na medida em que os critérios de sua organização e funcionamento frustrem ou dificultem a realização dos princípios e valores fundamentais. A agência reguladora carecerá de legitimidade democrática se for ela instrumento de ampliação das deficiências do sistema político. E o pior é que a internalização do *déficit democrático* para o âmbito das agências significará sua inutilidade para o cumprimento dos fins a que se destinam. Mais do que isso, tornar-se-ão instrumento para agravamento da problemática examinada.

Dito de outro modo, a existência de agências independentes apenas pode ser admitida, num Estado Democrático, na medida em que sua estruturação assegure a ampliação do nível de democracia do sistema em seu conjunto. Quando se identifica a agência independente como um mecanismo de suprimento do *déficit democrático* externo, presume-se uma organização institucional que assegure a realização dos fins democráticos buscados. Uma agência independente organizada de modo não democrático agrava o *déficit* democrático geral do sistema político examinado e propicia males muito maiores do que benefícios.

Criar uma agência independente não orientada pelo paradigma democrático, invocando o pretexto do *déficit democrático* externo, equivale a eliminar o princípio da representação popular ou a suprimir instituições tais como o parlamento ou o judiciário independente. Ainda que essas instituições possam, em alguns casos, comportar críticas ou incorrer em defeitos, um sistema democrático não pode existir sem sua presença. Adotar agências reguladoras com cunho autoritário é inadmissível em face de um sistema democrático. Nesse caso, a agência se torna um instrumento de agravamento do cunho autoritário do sistema ou, o que é pior, uma forma de impedir a consagração de um Estado Democrático.

Daí se extrai que a mera existência de agências reguladoras é insuficiente para garantir o aperfeiçoamento democrático. Cabe examinar a estrutura organizacional consagrada para a agência e verificar se é apta a propiciar a evolução democrática e o aperfeiçoamento da organização estatal.

5. O DÉFICIT DEMOCRÁTICO "INTERNO" DAS AGÊNCIAS: A PLURALIDADE DE ENFOQUES

Aludir a *déficit democrático* das agências independentes envolve, por tudo isso, uma simplificação, que tende a inviabilizar a discussão. Tal como exposto, o instituto da Democracia apresenta configuração complexa, alcançando diversos aspectos da organização estatal. Não é possível reduzir Democracia a um aspecto único ou a apenas uma só característica de uma instituição política. A questão democrática se verifica a propósito dos diversos perfis da organização estatal. Assim, pode haver *déficit democrático* quanto a um ângulo e não haver em relação a outro. Logo, a temática do *déficit democrático* das agências deve ser examinada sob um prisma analítico, tomando em vista diferentes planos de abordagem.

Para organizar a investigação, pode-se dissociar o exame da configuração estrutural (estática) e funcional (dinâmica) do instituto das agências.

6. A DEMOCRACIA NAS AGÊNCIAS SOB O PRISMA ESTRUTURAL

Num enfoque estrutural, toma-se em vista a disciplina adotada a propósito da organização da entidade, visando a verificar a existência de instrumentos destinados a assegurar a observância dos princípios democráticos.

6.1. Composição Colegiada e Competências Conjuntas

Em primeiro lugar, um aspecto fundamental reside na pluralidade ou unicidade da composição do órgão. A concepção democrática é incrementada pela alternativa da pluralidade, com competências a serem exercitadas de modo conjunto. Essa solução permite a difusão de poderes e a neutralização de influências pessoais no processo decisório. Uma agência unipessoal produzirá decisões que refletem a concepção individual de seu ocupante.

Isso não envolve qualquer avaliação sobre a qualidade das decisões. É perfeitamente possível que a concentração da competência decisória num único indivíduo conduza a decisões perfeitas, satisfatórias e de grande qualidade técnico-científica. Mas esse modelo apresenta menor intensidade democrática do que uma concepção pluripessoal, em que as decisões sejam produzidas pela conjugação da atividade de diversos sujeitos.

A pluripessoalidade será neutralizada, no entanto, se houver competências privativas, o que reconduzirá a questão ao modelo unipessoal. Ou seja, a pluralidade de dirigentes da agência somente configurará solução democrática na medida em que as decisões resultem da manifestação de vontade conjunta.

6.2. Disciplina sobre a Escolha dos Membros

Um ponto central a ser avaliado a propósito do tema das agências independentes reside em que Democracia não se limita nem se confunde com eletividade ou demissibilidade *ad nutum* do agente político ou administrativo.

6.2.1. Inexistência de déficit democrático pela ausência de escolha por sufrágio popular

O princípio fundamental da soberania popular não significa a necessidade de todos os agentes públicos serem eleitos mediante sufrágio popular. Aliás, a esmagadora maioria dos agentes estatais é investida em seus cargos e funções por vias diversas da eleição. Os servidores públicos civis e militares são escolhidos mediante concurso público ou por decisão de natureza discricionária. Nessa situação, encontram-se os magistrados (inclusive os ministros dos tribunais superiores), os membros do Ministério Público e os titulares do Tribunal de Contas.

6.2.2. O déficit democrático derivado do processo de escolha

Mas daí não se extrai que o processo de seleção dos membros das agências reguladoras seria irrelevante. A desnecessidade de eleição popular não conduz à admissão de qualquer solução para investidura no cargo de direção da agência. O sistema de seleção dos ocupantes de cargos dotados de competências decisórias tem de assegurar a limitação do poder político. Se uma determinada autoridade for titular de poder arbitrário para escolha dos dirigentes das agências, isso gerará o risco de abuso. Quando menos, será muito provável que a agência seja dirigida por áulicos do titular da competência para escolha.

6.2.3. Fracionamento da competência para nomeação dos membros das agências

A consagração de agências que operem como instrumentos de ampliação dos controles políticos e de aperfeiçoamento do sistema de freios e contrapesos depende do fracionamento da competência para escolha de seus membros.

Isso significa excluir escolhas puramente pessoais do Chefe do Executivo. Mas não se afigura suficiente um processo de seleção em que as preferências pessoais do governante sejam objeto de uma mera ratificação formal de outro órgão, normalmente sob controle político dele. Quando menos, não se admite que todos os membros das agências sejam indicados por um único sujeito.

Isso significa que a função reservada à agência independente pressupõe a efetiva participação de diversos núcleos de poder político para seleção dos membros dela. Existem diversas alternativas a considerar, inclusive na experiência estrangeira. Assim, há casos em que se assegura à minoria parlamentar a faculdade de indicação de membros. Em outros casos, cabe ao Senado e à Câmara dos Deputados indicarem um número certo de membros.

Aliás, a própria experiência brasileira gerou precedente dessa ordem, a propósito dos tribunais de contas, cujos membros são selecionados por processos e critérios distintos.

O fundamental reside em assegurar que a direção da agência retrate a heterogeneidade das orientações políticas, para o fim específico de evitar que as influências políticas e econômicas externas não encontrem barreiras internas de neutralização.

Ou seja, as agências independentes não serão neutras e imparciais se sua composição não contemplar instrumentos de freios e contrapesos internos, que impeçam sua captura pelo poder político ou econômico.

6.2.4. *Mandatos descoincidentes*

Outra solução estrutural destinada a produzir o controle sobre o processo decisório das agências reside na descoincidência dos mandatos dos dirigentes da agência. Essa solução destina-se a impedir que todos os dirigentes sejam escolhidos e indicados por um mesmo partido ou governante. Partindo do pressuposto de que a escolha do dirigente da agência refletirá algum tipo de identidade política com o titular da competência para a nomeação, a descoincidência dos mandatos propiciará que a alternância política externa se reflita no âmbito interno da agência. Assim, as diversas vertentes políticas serão representadas no processo decisório da agência, evitando-se que sua atuação seja um reflexo automático da orientação política prevalente nas outras instituições estatais.

6.2.5. *Requisitos de investidura*

Mas também é fundamental que a investidura nos cargos diretivos das agências dependa da presença de requisitos de capacitação pessoal avaliáveis objetivamente. Se a justificação para a criação das agências reside na existência de temas cuja solução envolve critérios técnico-científicos de decisão, resulta como indispensável que a administração da agência seja reservada a profissionais de elevada qualificação no setor regulado. Dito de outro modo, não basta a existência da confiança, da simpatia ou da identidade ideológica para a investidura no cargo diretivo da agência.

6.3. Disciplina sobre a Situação Jurídica dos Dirigentes das Agências

O regime jurídico pertinente aos dirigentes das agências também se relaciona com a questão da Democracia, na medida em que essa disciplina atenua ou amplia a interferência externa sobre o processo decisório, questão que sempre se reputou nuclear a propósito do conceito de agência independente.

6.3.1. *Garantia contra demissibilidade* ad nutum

Ademais disso, o dirigente da agência deve ter a garantia contra dispensa discricionária. As decisões adotadas, ainda que desagradem outros polos de poder

político, não podem conduzir à demissão. A não ser assim, o temor da dispensa perturbaria o processo decisório do sujeito.

6.3.2. Mandatos a prazo certo e vedação à recondução

Bem por isso, os dirigentes das agências devem ser nomeados com mandatos a prazo certo, com vedação da possibilidade de recondução. A perspectiva de recondução propicia a expectativa de agradar aos titulares da competência atinente a esse tema. Logo, o sujeito poderá subordinar o exercício dos próprios poderes à conveniência de outras autoridades como forma de garantir a continuidade no cargo. A vedação à recondução amplia a autonomia do ocupante do cargo e conduz à redução da interferência externa sobre o exercício das competências reservadas às agências.

6.4. Disciplina sobre a Competência Regulatória

Um ângulo que apresenta maior dificuldade é aquele pertinente à natureza das competências reservadas às agências reguladoras. A questão democrática se relaciona intrinsecamente à natureza material da competência, eis que determinadas matérias são reservadas à atuação de órgãos vinculados diretamente à representatividade popular.

Isso significa afirmar a impossibilidade de afirmar ou negar o *déficit democrático* das agências sem especificar a competência que seja a elas reservadas. Nesse ponto, reside o ponto nuclear da disputa sobre a relação entre Democracia e agência reguladora.

6.4.1. Representação popular e processo decisório estatal

Uma das afirmações clássicas do constitucionalismo do século XVIII envolve o princípio da legalidade e a concepção de que somente o povo, diretamente ou por meio de seus representantes, está legitimado a decidir sobre certos assuntos. Daí se extraiu uma espécie de *monopólio jurídico* para o Parlamento decidir sobre alguns temas essenciais, tais como direitos e garantias individuais. Segundo esse enfoque, as escolhas atinentes ao destino da Sociedade e do Estado devem ser realizadas pelo povo ou pelos seus representantes eleitos.

Ainda que cada Estado ocidental disponha de modo peculiar sobre o princípio da legalidade e as competências privativas do parlamento, é inquestionável que a transferência incondicionada e ilimitada de poderes dessa ordem para agências independentes configuraria supressão de uma característica essencial à Democracia. A absorção por agências reguladoras de poderes decisórios em determinadas matérias essenciais faz-se sempre em termos limitados e condicionados, segundo opções consagradas no âmbito de cada ordem jurídica. Enfim, não se concebe Estado Democrático em que se produza a pura e simples substituição do parlamento ou do governo por uma agência reguladora.

6.4.2. *Transferência limitada e condicionada de poderes decisórios*

Daí se segue que a Democracia exige a manutenção no parlamento e no governo das competências essenciais e mais relevantes, que envolvam a avaliação e determinação do destino do Estado e da Sociedade. A transferência de poderes para agências reguladoras sempre envolverá poderes secundários, limitados e condicionados.

Ou seja, o argumento da impossibilidade de submissão de todos os assuntos ao postulado da vontade da maioria deve ser acolhido com reservas. Numa Democracia, o núcleo das competências governativas decisórias tem de ser exercitado segundo o princípio da soberania popular. Deve ser reservado para os órgãos que respondam diretamente perante o eleitor. A suspensão do princípio da preponderância da vontade da maioria envolve situações excepcionais, tomando em vista a realização de valores e princípios constitucionais.

Bem por isso, nunca se poderia transferir competência decisória parlamentar ou governativa para uma agência reguladora quando não houvesse risco de que a vontade da maioria propiciasse elevado risco de comprometimento dos valores fundamentais.

6.4.3. *A insuficiência das concepções tecnicistas*

Nesse cenário, cabe ressalva a propósito da argumentação sobre a natureza das decisões das agências, que busca justificar a ausência de instrumentos democráticos internos por meio da invocação a critérios decisórios destituídos de cunho político. Esse enfoque se fundamenta no raciocínio de que o exercício de competências regulatórias envolve decisões de natureza técnico-científica, as quais devem ser exercitadas segundo parâmetros fornecidos pela Ciência. Como decorrência, é indispensável preservar a autonomia das agências, impedindo as influências "políticas". Nessa linha, invoca-se o próprio conceito de *discricionariedade técnica*, cuja validade já fora afastado pela maior parte da doutrina. Chega-se à conclusão de que a legitimação das agências não se faz pela via democrática, mas por meio da eficiência de sua atuação.

Enfim, essa argumentação conduz à desconstituição da indagação que norteia este estudo. Afirmar-se-ia que as agências reguladoras não padecem de um *déficit democrático* porque elas não necessitam ser democráticas. Democracia e agência reguladora seriam, quando muito, instituições complementares. Mas a Democracia se afirmaria no âmbito de instituições estatais outras, que não as agências.

Essa concepção é insuficiente e extremamente perigosa.

6.4.3.1. A existência de critérios valorativos subjacentes

Em primeiro lugar, é extremamente problemático afirmar que a regulação econômica se restrinja a um conjunto de decisões técnicas, sem influência de questões ditas "políticas". Mais precisamente, é impossível afirmar que as escolhas realizadas pelas agências se faça segundo avaliação de natureza

exclusivamente *cognitiva*, derivada da aplicação automática do conhecimento técnico-científico.[17]

Ademais disso, a atividade regulatória, ainda quando envolva escolhas de natureza técnico-científica, envolve decisões políticas relacionadas à conveniência e oportunidade. Não se trata de uma atuação vinculada estritamente à Lei ou ao conhecimento técnico-científico. Aliás, essa característica é apontada inclusive nos estudos mais recentes. Paolo Lazzara assinala que "a opinião doutrinária prevalente - sustentada por longo tempo, inclusive pelo Conselho de Estado - assimila, ao contrário, discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica: a escolha entre 'soluções técnicas alternativas' - afirma-se - deve ser realizada em face de considerações de oportunidade que compreendem perfis de interesse público".[18]

Em última análise, toda decisão estatal, mesmo quando realizada a propósito de questões técnico-científicas, envolve uma margem de autonomia. O próprio conceito de regulação econômica incorpora essa opção governamental por uma dentre diferentes alternativas. A Ciência e a Técnica não fornecem todos os critérios decisórios.[19]

6.4.3.2. Os limites à revisibilidade jurisdicional

Aliás, e se não fosse assim, seria possível submeter todas as decisões regulatórias ao controle jurisdicional, tornando inútil a própria existência das agências reguladoras. Se todas as respostas fossem fornecidas pela Lei, pela Ciência e pela Técnica, a existência de agências seria dispensável. Suas decisões deixariam de apresentar qualquer cunho de discricionariedade e suas competências poderiam ser exercitadas pela Administração Pública, incumbindo ao Judiciário a revisão de todas as decisões.

Assim não o é, e se pode, inclusive, reconhecer que o controle jurisdicional sobre as decisões adotadas pelas agências reguladoras tem limites. Não é cabível que o Judiciário revise todas as decisões regulatórias e substitua as escolhas realizadas pelas agências por outras, resultantes da avaliação pessoal do juiz.

---

17 Não se olvide que "não apenas os métodos os mais sofisticados não permitirão jamais a supressão dos elementos irredutíveis de irracionalidade, que se relacionam tanto ao contexto, ao sujeito que decide e ao ambiente em que ele se encontra, mas também e sobretudo à existência em todo processo decisório de racionalidades divergentes resultando em recusa à própria ideia de escolha ótima; toda política é o resultado contingente de uma arbitragem entre uma série de imperativos contraditórios" (Jacques Chevallier, *Science administrative*, 3ª ed., Paris, PUF, 2002, p. 500).

18 *Autorità Indipendenti e Discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, p. 167.

19 Aliás, concepção dessa ordem reflete uma espécie de crença na capacidade da Ciência de fornecer resposta racional para todas as questões práticas. Essa concepção, que se poderia qualificar como *modernista*, foi definitivamente afastada ao longo do século XX. O chamado *pós-modernismo* reflete, dentre outros caracteres, a convicção de que o conhecimento científico não contempla soluções aptas a resolver todas as dificuldades do ambiente circundante. Sob o tema, confira-se Jacques Chevallier, "Vers un droit postmoderne?", *in Les transformations de la régulation juridique* (sous la direction de Jean Clam et Gilles Martin), Paris, LGDJ, 1998, pp. 21-46.

6.4.3.3. A insuficiência lógica do argumento da legitimação técnica

Por outro lado, o argumento da legitimação técnica é logicamente insustentável. É que legitimação democrática e legitimação técnica não são alternativas equivalentes. A primeira se fundamenta em mecanismos atinentes à formação da composição e funcionamento da entidade estatal. Já a segunda se relaciona com os resultados obtidos. Daí se segue que a legitimação democrática se avalia *a priori*, enquanto a legitimação técnica apura-se *a posteriori*. Por isso, a legitimação democrática vincula-se muito menos à dimensão dos resultados obtidos do que se passa com a legitimação técnica. Para uma, o relevante é o modo de composição do órgão e a existência de mecanismos destinados a assegurar a soberania popular e os direitos e garantias fundamentais. Para outra, o fundamental é a realização das melhores escolhas e a satisfação da racionalidade técnico-científica.

Como resultado, o risco de decisões equivocadas por uma instituição composta segundo os princípios democráticos não afeta sua legitimidade democrática. Mas decisões erradas adotadas por uma instituição não democrática destroem sua legitimidade técnica.

Logo, o grande risco de consagrar uma instituição não democrática consiste em obter um resultado que nem é democrático nem é tecnicamente satisfatório.

Dito em palavras diretas: como justificar a existência de agências reguladoras que atuam mal e defeituosamente? A indagação comporta duas respostas. A primeira é desconstitutiva da pergunta e consiste em afirmar que a agência reguladora nunca se equivocará – tese cuja procedência é um desafio em aberto. A segunda é corretiva da indagação e se traduz na ressalva de que o equívoco será menos pernicioso se a agência se constituir em instrumento de ampliação da natureza democrática do sistema político.

6.4.3.4. Descompromisso democrático e perda da eficiência

Ademais disso, não se olvide que a ausência de instrumentos de controle democrático tende a reduzir o compromisso da agência com a eficiência. Uma agência que adquira a titularidade de produzir decisões fundadas "apenas" no conhecimento técnico-científico, sem se submeter a procedimentos de controle democráticos, tenderá a perder sua eficiência.

Sob esse enfoque, a Democracia se justifica não apenas por cogitações políticas ou axiológicas, mas também por fatores de eficiência.

Reputar que a participação popular absoluta e ilimitada é nociva às decisões políticas não equivale a proclamar a vedação à participação popular. O agente político que tiver garantia de exercício de poder, sem controle ou limitação, tenderá ao abuso. A ausência de democracia gera tendência a descompromisso com a eficiência, tanto quanto se poderia argumentar que o excesso de democracia poderia impedir a adoção das decisões recomendáveis pelo conhecimento técnico-científico.

6.4.4. Decisão constitucional sobre a extensão das competências das agências

Sendo assim, a atribuição de competências decisórias para as agências reguladoras, em temas de natureza fundamental, depende de uma escolha popular, especificamente tomando em vista a Constituição brasileira de 1988. A organização estrutural do Estado retrata uma escolha dos cidadãos. Foi a Sociedade quem consagrou o princípio da legalidade e o monopólio jurídico para órgãos eleitos pelo povo. Não é possível substituir o modelo organizatório sem consulta à vontade constituinte.

Em suma, um aspecto do *déficit democrático* essencial, que estará na essência das discussões pertinentes às agências reguladoras, residirá na pretensão de alterar as relações entre povo e Estado, modificando sem consulta ao cidadão o modelo consagrado na Constituição.

7. A DEMOCRACIA NAS AGÊNCIAS SOB O PRISMA FUNCIONAL

A disciplina do exercício das competências atribuídas às agências também integra a avaliação da sua natureza democrática. Para ser mais preciso, as restrições à participação popular no tocante à estrutura organizacional das agências têm de ser compensadas por instrumentos destinados a assegurar que o exercício das competências não deixe de se vincular à realização dos princípios e valores fundamentais, com a participação mais ampla dos extratos da sociedade.

7.1. Repressão a qualquer Modalidade de Atuação Autoritária ou Prepotente

Se a justificativa da existência das agências independentes reside na necessidade de aperfeiçoamento da sistemática de separação de poderes e de produção de decisões fundadas em critérios técnico-científicos, tem de consagrar-se um princípio fundamental quanto à sua atuação: a vedação à prepotência e ao autoritarismo. Ou seja, a agência não é uma mera e simples repartição administrativa, cuja atividade refletiria a vontade da autoridade administrativa de mais elevada hierarquia. O instituto da agência não se norteia pelas concepções napoleônicas, que entranham a estruturação dos poderes executivos nos países de influência francesa.

Não é casual a alusão a "comitê de sábios", a propósito das agências. Trata-se de indicar que a agência congrega os titulares do saber técnico-científico e atua segundo parâmetros de natureza preponderantemente cognitiva. Mesmo quando se negue consistência jurídica a essa configuração, retrata-se a natureza política do instituto. Não se justifica a existência de uma agência que atue como um *comitê de déspotas*.

Dito em outras palavras, a atuação das agências obedece a princípios diversos daqueles que norteiam e qualificam a função administrativa e, mesmo, a função governativa exercitada pelo Executivo central. O parâmetro fundamental norteador das decisões das agências não é a vontade, mas sim a racionalidade. Sob esse prisma é que se pode diferenciar a dita discricionariedade técnica própria das

agências daquela comum, generalizada no âmbito da atividade administrativa do Estado. Toda e qualquer decisão produzida pela agência está sujeita a um requisito de racionalidade técnico-científica. Ainda quando se possa (e deva) reconhecer margem de autonomia de escolha, a seleção por uma alternativa dentre várias somente se justifica como válida em face de um juízo de racionalidade. Segue-se a impossibilidade de justificar ato decisório, no âmbito das agências, fundado na mera invocação da conveniência e oportunidade. Para exercício de competência dessa ordem, seria desnecessária a existência de agências independentes: bastaria remeter o exercício dessa competência a alguma repartição integrante da Administração dita *tradicional*.

7.2. Consagração do Devido Processo Administrativo

Em primeiro lugar, é essencial submeter a produção da decisão à observância do devido processo administrativo. O tema vem sendo largamente analisado pela doutrina, o que tornaria cansativa a repetição dessas lições. Cabem, quando muito, algumas considerações acessórias.

7.2.1. A questão da "legitimação pelo procedimento"

Há corrente doutrinária que pretende que a submissão do exercício do poder decisório a um estrito procedimento geraria efeitos de legitimação semelhantes aos derivados do processo eleitoral.

É necessária enorme cautela na adoção desse tipo de abordagem, tendo em vista sua indissociável vinculação à organização da União Europeia. Como se sabe, a organização comunitária europeia funda-se em pressupostos políticos muito peculiares, gerando – tal como apontado ao início – a disputa sobre déficit democrático.

Sob um certo ângulo, a invocação à legitimação pelo procedimento é a *única* alternativa para a União Europeia (ao menos, no atual modelo). Lembre-se que o único órgão comunitário cujos membros são eleitos é o Parlamento Europeu, o qual não dispõe de competências legiferantes próprias da teoria da tripartição dos poderes. Os outros órgãos políticos fundamentais (Conselho e Comissão) acumulam competências legiferantes e administrativas. Daí se segue que os conceitos da Democracia clássica apenas podem ser aplicados de modo marginal no âmbito da União Europeia.

Diversamente se passa quanto aos Estados ocidentais (inclusive o Brasil), em que a legitimação pelas vias clássicas é perfeitamente possível. Por isso, a estrita observância de procedimentos pode ser reputada como uma exigência necessária ao desempenho de qualquer competência estatal. Mas não há impedimento à adoção de outros mecanismos destinados a assegurar a natureza democrática da atuação da instituição.

Portanto, há outras vias de legitimação para as agências independentes brasileiras além da via procedimental. Entre elas, encontram-se algumas alternativas de cunho democrático.

7.2.2. *A definição democrática do devido processo administrativo*

Sob esse enfoque, tem de preconizar-se não apenas procedimentos decisórios que assegurem a ampla participação dos interessados e dos segmentos da sociedade. É relevante, também, que a própria definição dos procedimentos faça-se por via democrática.

Ou seja, não há sentido em remeter a fixação dos procedimentos decisórios das agências à sua exclusiva e discricionária escolha. Um dos instrumentos de limitação dos poderes decisórios das agências reside na sua submissão a procedimentos fixados legislativamente. Remeter à competência administrativa da própria agência a determinação das regras processuais a que se submeterá é uma solução inadequada, que amplia o risco de a agência consagrar soluções procedimentais insuficientes ou inadequadas, impedindo a satisfação da função essencial reservada ao processo administrativo.

Deve ter-se em mente que o princípio do devido processo administrativo consubstancia uma efetiva limitação ao poder decisório. Daí se segue o descabimento de soluções procedimentais que frustrem essa função essencial do processo administrativo. Para atender tal objetivo, a solução reside na externalização da competência para disciplinar o funcionamento da agência, inclusive no que tange à disciplina do processo administrativo.

7.2.3. *A consagração de um processo administrativo democrático*

Tudo se relaciona à necessidade inafastável da consagração de processo administrativo que conduza à limitação do poder e à formação de decisões compatíveis com a ordem jurídica, com a Ciência e com os valores fundamentais.

Ou seja, seria um despropósito instituir agências reguladoras cuja atuação padecesse dos mesmos males das instituições políticas clássicas e tradicionais. A instauração de um Estado Democrático, fundado nas concepções originais da tripartição de poderes, destinou-se a evitar que as decisões estatais refletissem preferências meramente subjetivas dos governantes. A criação de agências reguladoras se justifica pela ideia de que a ampliação de instituições políticas e o fracionamento das competências decisórias propiciam soluções mais democráticas e menos subjetivas. Nesse contexto, é inadmissível que o processo decisório das agências ignore esses postulados fundamentais.

Toda e qualquer ampliação da autonomia decisória das agências tem de ser acompanhada da submissão das suas decisões a um processo de formação da vontade que impeça a prevalência de preferências subjetivas ou produza a redução dos instrumentos de limitação do poder consagrados na tripartição de poderes.

Isso significa, antes e acima de tudo, reconhecer que a participação dos particulares nos processos administrativos não configura uma mera formalidade, destituída de utilidade prática. É inafastável a vedação a decisões produzidas no âmbito puramente interno da agência ou a ela transmitidas por autoridades políticas externas, cuja formalização seja precedida de um arremedo de processo. Se a participação dos terceiros no procedimento for destituída

de qualquer efeito prático, estará infringido o postulado do devido processo administrativo.

É imperioso, então, que a disciplina processual da atividade das agências subordine a produção dos atos de sua competência à mais estrita observância de formalidades rigorosas, cuja função seja instrumento da limitação da vontade subjetiva dos agentes.

7.3. Participação Popular e da Sociedade

Vale insistir sobre a necessidade de que o processo decisório das agências reguladoras seja integrado pela participação de indivíduos e entidades alheias às instituições estatais.

7.3.1. A necessidade da participação da sociedade

Deve ter-se em vista que a instituição de agências independentes deriva, dentre outros motivos, também da ineficiência dos canais tradicionais de manifestação da vontade popular - o que inclui, também, a desvinculação fática e jurídica da vontade do governante eleito e do eleitor. A concepção da agência independente legitima-se democraticamente não pela eleição dos seus membros mas pela participação da sociedade na formação das decisões de competência da agência.

Isso significa que todas as decisões proferidas pelas agências devem ser antecedidas e acompanhadas da audiência aos diversos segmentos da sociedade.

7.3.2. A insuficiência da publicidade "passiva"

Mas não basta a mera divulgação da existência de procedimentos decisórios em curso. A agência divulgar sua intenção de ouvir os "interessados" a propósito de questões técnico-científicas complexas não produz maior efeito. Aliás, pode presumir-se que a esmagadora maioria da população sequer terá condições de avaliar a existência de interesse próprio sobre o tema. Prevalecerá, então, uma característica cuja própria existência é uma das razões da intervenção regulatória estatal: a assimetria de informações. A grande massa da população não dispõe de suficiente conhecimento para adotar condutas adequadas e satisfatórias para defesa de seus próprios interesses, em grande parte dos casos das operações de mercado. A instituição da agência independente destina-se a combater essa circunstância. Não teria sentido que o processo decisório das agências internalizasse essa mesma característica, tornando-o permeável apenas à participação dos segmentos especializados: os quais são integrados, na grande maioria, pelas indústrias reguladas.

Daí se segue a obrigatória consagração de concepções "ativas" a propósito da publicidade e da convocação da participação da sociedade. Isso significa o dever de a agência independente ir em busca da manifestação da sociedade, adotando atitude de provocação, além de convocar os setores especializados não governamentais, os órgãos de defesa dos consumidores e outras organizações do chamado *terceiro setor*.

7.3.3. A participação externa relevante

No entanto, a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes. É fundamental que a atividade decisória da agência *incorpore* a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. *Incorporar* a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição.

Não se admite o fenômeno que se poderia qualificar como *participação externa "cosmética"*. A expressão indica a situação em que a agência predetermina sua decisão e desencadeia uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas, destinadas apenas a dar uma aparência de democracia à decisão. Assim, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições.

Isso significa que a agência independente tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade.

7.4. Controle Externo

É fundamental, num sistema democrático, a organização do Estado de modo a gerar efeitos de limitação de competências. As agências independentes têm de estar subordinadas ao princípio de que o poder limita o poder. Isso não significa a possibilidade de revisão direta dos atos praticados pelas agências, muito menos por critérios de natureza técnico-científica. O controle envolve especificamente a fiscalização destinada à identificação de defeitos ou abusos no exercício das competências próprias e privativas das agências.

7.4.1. Controle externo pelo Poder Executivo

O Poder Executivo central não exercita poder hierárquico em relação às agências independentes. Mas lhe cabe acompanhar seu desempenho e a conduta de seus administradores, inclusive para o fim de instalar procedimento de natureza punitiva, visando à sua destituição.

7.4.2. Controle externo pelo Poder Legislativo

Ao Poder Legislativo incumbe o exercício de fiscalização sobre a atuação das agências independentes. Mas também exercita uma função de controle relacionada com a disciplina dos setores regulados.

7.4.3. Controle externo pelo Poder Judiciário

O Poder Judiciário desempenha atividade de cunho revisivo, visando à desconstituição de atos gerais ou abstratos ilegais ou abusivos. Aplicam-se, de modo especial, os instrumentos processuais relacionados a direitos coletivos e difusos.

8. A IMPOSSIBILIDADE DE INDEPENDÊNCIA ABSOLUTA

A mera existência de agência independente, no âmbito de um Estado, é insuficiente para permitir a formulação de algum juízo atinente ao atendimento ou à infração aos princípios democráticos. O fundamental reside na verificação do modo de organização e de funcionamento a ela reservados.

Por outro lado, assegurar a uma agência independente a autonomia jurídica para produzir decisões regulatórias sem submissão a mecanismos democráticos equivale a instituir uma instância autônoma para o exercício de decisões discricionárias, reduzindo a eficácia do sistema de freios e contrapesos. Portanto, o sistema democrático exclui a utilização do argumento da natureza técnico-científica para criar agências reguladoras não sujeitas a mecanismos de controle democrático.

Mais ainda, a constatação da incompatibilidade entre a organização ou o funcionamento da agência e os princípios democráticos fundamentais apenas se pode resolver em favor desses últimos. Um dos alicerces do Estado Republicano reside na intransigente defesa da Democracia, instrumento insubstituível para a realização da dignidade humana, valor em que se alicerça toda e qualquer organização estatal.

9. CONCLUSÃO: EXISTE UM DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA REGULAÇÃO INDEPENDENTE?

Em conclusão, a pergunta que motiva esta meditação não comporta uma resposta absoluta. Pode ou não haver *déficit democrático* na regulação independente, a depender de questões estruturais e funcionais externas e internas. Se é impossível afirmar que um Estado é mais democrático ou menos democrático apenas por haver instituído agências reguladoras independentes, deve-se reconhecer a compatibilidade teórica entre os institutos da Democracia e da regulação independente.

Muito mais árdua é outra indagação. Suponha-se pergunta muito mais precisa: existe um déficit democrático na regulação independente no Brasil? Este é um questionamento que permanece em aberto e cuja resposta envolve uma análise complexa.

Afigura-se claro que o sistema político brasileiro, em seu todo, não atingiu um estágio de desenvolvimento democrático maduro e estável. Não se institucionalizaram mecanismos efetivos de limitação do poder (especialmente em relação ao Executivo). A questão da legitimidade democrática está em aberto, especialmente pela ausência de identificação entre a sociedade e os partidos políticos. Ainda que esta seja outra discussão, que não pode ser sequer enfrentada neste instante, é evidente a necessidade do aperfeiçoamento da Democracia brasileira.

A consagração de órgãos independentes de regulação pode prestar-se a ampliar a legitimidade da organização política brasileira. Tal ocorrerá na medida em que produzir a ampliação do sistema de freios e contrapesos e propiciar efeitos mais consistentes de limitação do poder por meio do próprio poder. Mais ainda, isso dependerá da limitação das competências regulatórias atribuídas às agências independentes e de sua estruturação e funcionamento segundo os princípios da mais ampla e profunda transparência e democracia.

O que não se pode admitir é a utilização meramente retórica do argumento do *déficit democrático* da regulação independente para atingir dois resultados, ambos totalmente indefensáveis.

O primeiro fim inaceitável é a ampliação da concentração do poder, de modo a impedir a ampliação dos controles e limites. Opor-se às agências reguladoras para manter uma situação não democrática é um paradoxo propiciado pela invocação à ausência de *déficit democrático* da regulação independente. Ou seja, a crítica à regulação independente não pode ser acompanhada por uma defesa do estado atual das instituições brasileiras.

O segundo objetivo a ser rejeitado consiste na instrumentalização das agências para agravar o *déficit democrático* sistêmico. Não se pode admitir que a regulação independente seja o instrumento pelo qual o titular do poder político escapa aos constrangimentos do sistema de freios e contrapesos. Ou seja, também é inadmissível defender as agências reguladoras para manter (ou agravar) a situação não democrática.

Logo, o desafio reside em assegurar que instrumentos políticos clássicos, desenvolvidos no seio de sociedades estrangeiras, sejam introduzidos no âmbito brasileiro de modo a propiciar evolução democrática. Por certo, esse desafio não é nem novo nem original.