

Gustavo Binenbojm

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público, UERJ. Master of Laws (LL.M.), Yale Law School (EUA). Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getulio Vargas (FGV-RJ). Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Procurador do Estado, advogado e parecerista no Rio de Janeiro.

UMA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização

**3ª Edição
Revista e Atualizada**

RENOVAR
Rio de Janeiro
2014

abdir 
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DOS DIREITOS
REPRODUTIVOS
Respeite o direito autoral

afirma que a revisão ministerial teria lugar também de ofício, por desdobramento do princípio da autotutela administrativa.

O entendimento exarado no parecer desafia o conhecimento convencional, consolidado no país, de descabimento de recurso hierárquico impróprio à minguada previsão legal expressa (*pas de tutelle sans texte*), além de abrir flanco para um amplo contencioso entre dirigentes de agências e Ministros de Estado no âmbito judicial.

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

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

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

Inspirando-se em doutrina européia — sobretudo espanhola e italiana — significativo círculo de publicistas brasileiros procura

I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República.”

justificar a ampla atribuição de poderes normativos às agências como decorrência do fenômeno da *deslegalização*, também denominado *delegificação*. Uma rápida incursão no direito comparado afigura-se útil para melhor compreensão do fenômeno.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández classificam a *deslegalização* como uma espécie de delegação legislativa, ao lado da *delegação receptícia* e da *remissão normativa*.⁵⁹⁴

A delegação receptícia, prevista no art. 82 da Constituição espanhola, equivale à nossa lei delegada (art. 68 da Constituição Federal). Trata, assim, das hipóteses em que o Poder Legislativo acorda delegar ao governo o poder de criar normas com força de lei formal, fazendo-o através de lei delegante (no Brasil, resolução do Congresso Nacional), a qual delimitará com precisão o objeto e alcance da delegação legislativa e dos princípios e critérios que deverão ser seguidos no seu exercício.⁵⁹⁵

Uma segunda forma de delegação legislativa seria a remissão normativa, na qual se enquadrariam os tradicionais regulamentos de execução brasileiros. Por esta via, a lei transfere a um ato normativo ulterior, a ser elaborado pela Administração Pública, a regulação de certos elementos que *complementam* a ordenação estabelecida pela própria lei.⁵⁹⁶ Diferentemente da modalidade receptícia, na remissão normativa as normas produzidas pela Administração ostentam o valor de simples regulamentos, sem adquirir, portanto, o caráter de leis formais.

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

*"Llamamos deslegalización a la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración."*⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 247.

⁵⁹⁵ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 248.

⁵⁹⁶ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 261.

⁵⁹⁷ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1995, p. 268.

Assim é que, sem apresentar conteúdo material, a lei de deslegalização limita-se a *degradar formalmente a hierarquia de determinada matéria*, de modo a que a mesma possa ser modificada, a partir, daí, por simples regulamentos.⁵⁹⁸ O único limite a esta operação, como advertem os autores citados, são as matérias sujeitas à competência exclusiva do Poder Legislativo (reserva absoluta de lei).⁵⁹⁹

Deste modo, embora não se cogite da atribuição de força de lei aos atos normativos produzidos pela Administração Pública, tal como na remissão normativa, haveria diferenças evidentes entre as técnicas manejadas. A lei de remissão apresenta-se como lei de regulação material e, nesse sentido, é diretamente aplicável por seus destinatários, com a peculiaridade de ser incompleta. De outro modo, a lei de deslegalização "*no es una Ley de regulación material, no es una norma directamente aplicable, no es una Ley cuyo contenido haya simplemente que completar; en propiedad, la Ley de deslegalización no tiene contenido normativo alguno, su único contenido es la manipulación de los rangos para abrir la posibilidad a los Reglamentos de entrar en una materia hasta entonces regulada por ley*".⁶⁰⁰

Na Itália, Giuseppe de Vergottini conceitua a *delegificação* como a "transferência da disciplina de determinadas matérias ou atividades da esfera legislativa para a regulamentar do Governo"⁶⁰¹, afirmando que, nesses casos, o legislador teria optado pelo sistema da assim chamada *revogação diferida*. Explica, nesse sentido, que "o efeito revogatório neste caso é remetido à lei, enquanto o regulamento de delegificação assume o valor de um simples fato, de modo que a lei autoriza o exercício do poder regulamentar do governo ao efeito de revogar as disposições legais precedentes".⁶⁰²

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

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

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

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

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

Como dito, a sofisticada elaboração teórica dos europeus vem exercendo forte influência no Brasil, de modo que é já lugar-comum, entre nós, a justificação do poder normativo das agências através da técnica da deslegalização, definida, sintética e precisamente por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como a “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)”.⁶⁰³

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

*“(...) não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?”*⁶⁰⁴

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

Em primeiro lugar, a deslegalização, nos termos em que apresentada por seus expositores, transgride abertamente a sistemática constitucional das competências normativas atribuídas ao Poder

⁶⁰³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 2001, p. 166.

⁶⁰⁴ Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 422/423.

Executivo. A Lei Maior, com efeito, muito ao invés de postar-se genérica e vaga, delimita, com precisão e de modo taxativo, as hipóteses e os instrumentos para o exercício de competências normativas (*primárias e secundárias*) pelo Poder Executivo, engendrando arranjo harmônico e compatível com a lógica do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado.

Assim é que, com vistas à atribuição de poder normativo *primário* ao ramo Executivo, a Constituição prevê as *medidas provisórias* (art. 62), para os casos de relevância e urgência, além da expressa previsão de delegação legislativa, sob a forma de *leis delegadas* a serem elaboradas pelo Presidente da República (art. 68). A previsão explícita, pontual e condicionada de instrumento para a delegação legislativa corrobora o entendimento de que, a despeito de a Constituição Federal não prever cláusula expressa de indelegabilidade de atribuições, essa é a regra no direito brasileiro; assim, salvo nos casos em que, por explícita previsão, haja o legislador constituinte delimitado exceção, como no caso do art. 68, o Executivo não disporá de competência normativa primária.⁶⁰⁵

Descendo ao campo infralegal, o art. 84, IV consagra a tradicional modalidade dos *regulamentos de execução*, vocacionados a assegurar a *fiel execução* das leis. Até o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, doutrina amplamente majoritária defendia a existência tão-somente de regulamentos de execução, no Brasil, já que o art. 84, inciso VI, em sua redação original, vinculava a atividade normativa do Presidente da República *aos termos da lei*.⁶⁰⁶ Com a reforma deste dispositivo, operada pela mencionada Emenda Constitucional, nova espécie regulamentar ganhou previsão expressa: o assim chamado *regulamento autônomo*.⁶⁰⁷ Deixando de remeter à lei, o art. 84, VI, em sua versão atual, determina ser da

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

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

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

competência privativa do Presidente da República "VI — dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos."

No arcabouço constitucional da sistemática de freios e contrapesos, trata-se, portanto, de mais um instrumento para o exercício de competência normativa (respeitada a preferência legal) pelo Poder Executivo. Ademais, como sustentado no Capítulo III, *supra*, *admite-se também a expedição de regulamentos autônomos em es- paços normativos não sujeitos constitucionalmente a reservas de lei (formal ou material), quando, à míngua da disciplina legislativa, a Administração Pública estiver compelida ao cumprimento de deveres imediatamente constitucionais. Nestes casos, como no do art. 84, VI, a lei superveniente preferirá à disciplina regulamentar anterior.*

Ora, diante da evidente preocupação do constituinte em delimitar e circunstanciar, expressa ou sistematicamente, as hipóteses, as condições e os instrumentos para o exercício de poder normativo primário pelo Poder Executivo, o que milita a favor da proteção dos administrados, não parece existir fundamento constitucional para a técnica da deslegalização. Revela-se mesmo um contra-senso reconhecer, por um lado, que a Constituição previu, em seu art. 68, hipótese expressa de delegação legislativa, definindo-lhe claros limites e condições,⁶⁰⁸ e, por outro, aquiescer com a possibilidade genérica da deslegalização, a qual, ontologicamente, equivale a verdadeira delegação legislativa inominada (ainda que os defensores da técnica procurem apresentá-la como rebaixamento do grau hierárquico de certa matéria, e não como elevação do grau hierárquico do ato regulamentar).

⁶⁰⁸ De acordo com o art. 68 da Constituição, a resolução do Congresso Nacional (ato delegante) deve especificar o conteúdo da delegação e os termos de seu exercício. Conforme o parágrafo primeiro do art. 68: "Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos."

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

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

Como, portanto, compatibilizar a deslegalização, enquanto via genérica de transferência de parcela do poder legiferante para o Executivo, com a declarada intenção do legislador constituinte originário, esposada neste art. 25 do ADCT, de frear a delegação indiscriminada e sem critérios de funções típicas de um Poder a outro?⁶⁰⁹

De acordo com o raciocínio até aqui desenvolvido, a deslegalização constituiria verdadeira fraude ao processo legislativo contemplado na Constituição, erigido pelo constituinte como garantia dos cidadãos. A esse respeito, vale tecer a analogia: poderia o legislador constituinte derivado criar emenda constitucional autorizando a reforma da Constituição por lei ordinária ou lei complemen-

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

tar? Evidentemente que não. Da mesma forma, atenta contra a lógica do processo legislativo previsto na Carta Maior a norma que, para efeitos práticos, confira tratamento de lei formal (ou equivalente, na prática, a uma lei formal) a ato da Administração Pública, inclusive com poderes revocatórios.⁶¹⁰

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

Sob o ângulo político, portanto, a crítica que deve ser formulada à deslegalização tem que ver com a obstaculização das vias de preordenação e controle da atuação do Poder Executivo. Diferentemente da delegação nominada (ou típica), prevista no já citado art. 68, em que a constitucionalidade da delegação está condicionada à especificação do objeto delegado e de parâmetros claros e expressos para o exercício da delegação legislativa (assim como para a edição de medidas provisórias, hoje detalhadamente disciplinadas no art. 62), a deslegalização, em via oposita, tem por objetivo, justamente, rebaixar o status normativo de determinada matéria a ponto de o regulamento – que venha a tratar de tal matéria – poder revogar lei anterior, sem que sejam estipuladas condições objetivas mínimas a amparar a sua edição. Tal degradação normativa ocorreria por meio da delimitação de princípios gerais e cláusulas genéricas pela lei de deslegalização, de modo a deixar amplo espaço normativo ao Poder Executivo ou às agências reguladoras independentes.

⁶¹⁰ Está-se de acordo com a posição de Clèmerson Merlin Clève, que, tratando das relações entre lei e regulamento, consigna: "O quinto princípio é o da identidade própria do regulamento. Ou seja, ainda que expressamente previsto pela lei, as normas regulamentares guardam a hierarquia que lhes é própria, não alcançando, com a simples previsão legal, promoção hierárquica ou deslocamento de regime jurídico (do regulamentar para o específico da lei). Ainda que o Legislativo pretenda que a norma regulamentar integre o diploma legal, isto não pode ocorrer em face da Constituição. Semelhante previsão não passa de cláusula nula e inexecutível de realização." *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 290.

Ora, a ausência de princípios inteligíveis mínimos (os intelligible principles, como referidos na literatura norte-americana, ou as “decisões orientadoras”, mencionadas na chamada “teoria da essencialidade” — a *Wesentlichkeitstheorie* — desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal tedesco)⁶¹¹ prejudica, demasiadamente, a proposta histórica da modernidade de contenção do arbítrio através da sistemática de freios e contrapesos. Como, por exemplo, dar efetividade à regra constitucional inscrita no art. 49, inciso V, da Constituição (sustação, pelo Senado Federal, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa), se inexisterem parâmetros claros de limitação? Indo além, como viabilizar o controle pelos tribunais na ausência de referências legais?

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

611 O caráter aberto das leis de deslegalização (baixa densidade normativa) pode ser constatado através dos exemplos transcritos linhas acima. Quanto à necessária delimitação de standards, é digna de nota a experiência dos EUA, em que a Suprema Corte, sem se ater à investigação da natureza jurídica dos atos normativos expedidos pelas agências (os norte-americanos, afinal, são extremamente pragmáticos), desenvolveu a teoria dos princípios inteligíveis. Assim explica Joaquim B. Barbosa Gomes: “Em primeiro lugar, ela [a Suprema Corte] examina com bastante rigor se o Legislativo delimitou com a necessária precisão os ‘objetivos’ de cada agência. Em seguida, ela verifica se a lei instituidora da agência fixa critérios (‘standards’) claros para o exercício da função regulamentadora, perquirindo se não há margem para abusos ou excessos (‘ultra vires’) e estabelecendo a ponderação entre os objetivos almejados com a criação do novo ente e a extensão dos poderes que lhe serão conferidos. Por fim, examina se o ato legislativo abre espaço ao exercício das garantias constitucionais clássicas, tais como a da cláusula *due process of law*”. Joaquim B. Barbosa Gomes, *Agência Reguladoras: A ‘Metarmofose’ do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*, in *Agência Reguladoras e Democracia* (coord. Gustavo Binenbojm), 2005, p. 45. Assim é que, não passando por esse rigoroso escrutínio da Suprema Corte, a lei será tida por inconstitucional.

Defendendo posição mais restritiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende uma natureza infra-regulamentar das normas expedidas pelas agências reguladoras, que ocupariam, destarte, posição hierárquica inferior mesmo aos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, via decreto, devendo-lhes integral observância.⁶¹² Não se está de acordo com a ilustre autora.

Como já longamente explicitado no Capítulo IV, *supra*, a competência normativa das entidades reguladoras exhibe natureza regulamentar infralegal, semelhante àquela reconhecida ao Chefe do Poder Executivo. Marçal Justen Filho, partindo de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, pontua que “uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa”.⁶¹³ Outrossim, enquadra a competência normativa abstrata das agências como manifestação de discricionariedade.⁶¹⁴

O poder normativo das agências constitui, portanto, uma das expressões do seu poder discricionário (ou, de forma mais técnica, de seu poder não inteiramente vinculado à lei) que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos (mas que pode materializar-se em atos administrativos concretos, conforme o caso). Tal poder é immanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa, ou por sua sistemática, o excepcione. Merece relevo o fato de que nenhuma exceção de tal ordem é feita na atual Constituição brasileira em favor de entes reguladores. A alusão feita nos artigos 21, XI e 177, § 2º, III, respectiva-

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

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

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

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

Cumpra, a propósito, transcrever a posição de Juarez Freitas, coincidente com a que aqui se esposa:

“(...) os atos regulatórios devem ser infralegais, restando vedado ao administrador inovar como legislador. Assim, por exemplo, a resolução de uma agência reguladora pode inovar apenas como ato administrativo, porém nos exatos limites da lei. A infralegalidade reivindica uma sadia autocontenção. Não há, portanto, falar em ‘deslegalização’ no campo regulatório, que pode até valer noutros contextos, mas não tem guarida em nosso plexo normativo.”⁶¹⁵

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

A legalidade administrativa, a seu turno, não está apenas a proteger a liberdade dos indivíduos (CF, art. 5º, II), mas também a limitar a atuação da autoridade administrativa (CF, art. 37, caput). A dupla alusão ao princípio da legalidade na Carta de 1988 — no art. 5º, II e no art. 37, caput — não é, portanto, ociosa. Não que a atividade administrativa seja, toda ela, preordenada e, muito menos, fixada exaustivamente na lei. A rigor, como se viu no Capítulo III, não mais se pode (e talvez jamais se tenha podido) afirmar que toda atividade administrativa seja plenamente vinculada à lei. Na verdade, o sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade não consiste numa prévia revelação de toda a atuação administrativa pelo legislador. Com efeito, há diversas situações em que a Administração Pública está autorizada a agir diretamente pela

615 Juarez Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2004, p. 48.

Constituição ou a tomar decisões em espaços de discricção e livre apreciação abertos pela própria lei.⁶¹⁶

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

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

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, parece adotar o entendimento que aqui se esposou. Deveras, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, na qual era discutida a

⁶¹⁶ Sobre isso, v. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003.

constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), o Supremo Tribunal Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforme à Constituição, que a competência normativa da ANATEL tem natureza regulamentar, devendo observar, assim, os parâmetros legais.⁶¹⁷ No julgamento, a dúvida suscitada pela Lei era se a agência poderia editar resoluções que viessem a derogar, por exemplo, a Lei de Licitações, o que dependeria da adoção da tese da deslegalização. O STF rejeitou tal possibilidade, assentando o entendimento de que a competência da ANATEL, na matéria, era infralegal e que, portanto, sujeitava-se às normas da Lei de Licitações. Confirma-se trecho significativo do referido aresto:

“O Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16/07/1997, resolveu: (...) 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia; (...)”.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, corroborou o entendimento da vinculação das agências reguladoras ao princípio da precedência (ou preferência) de lei. Veja-se, a propósito, a ementa abaixo:

“Processual — Comercialização de produtos naturais — Isenção de registro no Ministério da Saúde — Prevalência da Lei nº 6.360/76 sobre a Resolução RDC 23-ANVS/MS/99, de hierarquia inferior — Inserção dos produtos no comércio.”⁶¹⁸

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

618 STJ, REsp 434.303/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.09.2002. DJ 30.09.2002 p. 250. No mesmo sentido: AgRg no REsp nº 1.326.847/RN, rel.

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

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

1. A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.

2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.”⁶¹⁹

A dignidade da lei deve ser preservada — ainda que seja em um patamar mínimo de normatividade — como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade regulatória, que permitam aos cidadãos e agentes econômicos e sociais o acionamento de salvaguardas contra eventuais abusos. Por outro lado, tais parâmetros ou standards funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação.⁶²⁰

É claro que tal preordenação legal através de standards não reduz a atuação das agências à mera técnica, nem exclui totalmente a

Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2012, DJe 28.11.2012; AgRg no REsp nº 1.287.739/PE, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 08.05.2012, DJe 31.05.2012.

⁶¹⁹ Agravo de Instrumento nº 129.949, 6ª Turma, TRF 3ª Região, Relator Juiz Mairan Maia, j. 24.04.2002, DJU 14.06.2002.

⁶²⁰ A exigência de tais standards surge na chamada “non-delegation doctrine”, desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana, em cuja jurisprudência aparece a referência a “intelligible principles” (princípios inteligíveis), que deveriam constar necessariamente da lei. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu a chamada “teoria da essencialidade” (Wesentlichkeitstheorie), que exige do legislador uma “decisão orientadora”, mas deixa à regulamentação administrativa o núcleo central do assunto.

possibilidade da tomada de decisões de cunho político (ainda que não necessariamente de cunho político-partidário ou político-eleitoral) pelos reguladores. De fato, o dever de fundamentação técnica das decisões não inibe que conteúdos volitivos possam sempre existir na atividade regulatória. É diante da inexorabilidade de tal circunstância que se preconizam determinados mecanismos pontuais de controle externo à atuação das agências.

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

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

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

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

"Estes controles, além de não serem incompatíveis com a autonomia reforçada que caracteriza as agências, integram o seu próprio conceito. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou

ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.

É apenas neste sentido, de inserção nos programas e diretrizes públicas gerais, que deve ser entendida a necessária subordinação (não-hierárquica) dos órgãos e entidades materialmente descentralizados à Administração Pública central.

(...)

Se a subordinação das agências reguladoras fosse da espécie hierárquica, não seriam efetivamente autônomas ou 'independentes' e, por outro lado, se não estivessem sujeitas a nenhuma subordinação (de direção), sequer integrariam a Administração Pública Indireta, descentralizada."⁶²¹

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

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

⁶²¹ Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 355 e 357.

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

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

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
X — fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”

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

A Lei da ANATEL — nº 9.472/97 — parece fazer esta previsão quando, em seu art. 19, inciso XXIX, determina que compete à agência enviar relatório anual de suas atividades ao Congresso Nacional:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

XXIX — enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;”

A fiscalização e o controle legislativo sobre a atividade regulatória das agências visam, na verdade, a garantir a independência das mesmas e a assegurar o cumprimento das atribuições e metas definidas em lei. Esse controle gera segurança e confiança da sociedade sobre os atos praticados pelas agências, vez que ficam sob a cautela dos representantes diretamente escolhidos pelo povo.

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

“O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras — ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas”.⁶²²

Carlos Ari Sundfeld enfatiza a dificuldade de se definir qual deve ser o conteúdo mínimo da regulação previsto em lei. Para o autor, o Legislativo deve fixar standards para que a regulação tenha limites claros, sob pena de ocorrer pura e simples delegação legislativa, e acompanhar o cumprimento dos objetivos definidos para o setor, exigindo relatórios detalhados e submetendo-os às comissões específicas do Parlamento.⁶²³

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

⁶²² Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 588.

⁶²³ Carlos Ari Sundfeld. *Introdução às Agências Reguladoras*, in Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Direito Administrativo Econômico*, 2000, p. 29.

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

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

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

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

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

Tal situação — de déficit de legitimidade — se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades adminis-

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

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

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

As audiências públicas viabilizam a participação de indivíduos ou grupos determinados interessados em expor suas ideias e sugestões, de forma a propiciar que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória.⁶²⁴ Consistem na realização de sessões abertas a cidadãos individualmente considerados, associações e demais interessados. Nessas ocasiões são esclarecidos e debatidos temas relativos a processos administrativos decisórios em curso e

⁶²⁴ Romeu Felipe Bacellar Filho, *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*, *Revista de Direito Administrativo* n° 230, out/dez 2002, p. 162.

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

Através das contribuições prestadas em audiências públicas, torna-se possível avaliar se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência orientou-se para a solução mais adequada. Tal forma de participação popular está expressamente prevista na legislação da ANEEL e da ANP, que menciona também sessão pública para reunião de diretoria.⁶²⁵

A consulta pública, a seu turno, consiste no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes da elaboração das normas jurídicas.⁶²⁶ Através da consulta, os interessados podem emitir suas opiniões a respeito do conteúdo das regras a serem editadas pela agência. Todas as respostas às questões formuladas ao público devem ser examinadas pela agência reguladora com a devida consideração. A rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e posta à disposição dos interessados e do público em geral. Ademais, não pode haver, na matéria exposta ao questionamento, mudança que possa descaracterizá-la em relação ao que foi apresentado ao público. Admitem-se apenas alterações que constituam decorrência lógica das matérias apresentadas à consulta. Fora desta hipótese, torna-se necessário reiniciar o procedimento.

Nos casos em que há obrigatoriedade de realização de consulta pública, a participação torna-se condição de validade do ato, podendo fundamentar pedido de revisão judicial do mesmo. Por isso, é importante que essa obrigação esteja contida na lei. No entanto,

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

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

ainda que não haja previsão legal expressa, a ausência de prévia consulta pública pode dar ensejo à nulidade do ato, a depender da relevância da matéria versada. É o que ocorre, *exemplarmente*, a decisão da agência afeta direitos fundamentais. Já em situações de urgência, nas quais a edição de normas deva ser feita em espaço de tempo menor do que o exigido para a conclusão do procedimento devido, deve haver um mecanismo de controle a posteriori dos atos normativos da agência.

A consulta pública tem a mesma função da audiência pública, qual seja, a de concretizar o princípio da publicidade e viabilizar a participação de indivíduos ou grupos determinados para expor suas ideias e sugestões. A diferença está na forma de realização. Enquanto a audiência tem a forma de sessão, com data e hora marcadas, onde os interessados comparecem conjunta e pessoalmente para expor suas opiniões, a consulta, em regra, é feita de maneira individual e durante um período determinado. Ou seja, o ato sob discussão é publicado e as sugestões sobre o mesmo são enviadas à agência. Marcos Augusto Perez distingue os dois institutos pela maior simplicidade das consultas em relação às audiências, vez que somente nestas últimas se aplica o princípio da oralidade.⁶²⁷

A ANATEL prevê, em sua legislação — Lei nº 9.472/97 —, a consulta pública sobre minutas de atos normativos, *in verbis*:

"Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca."

Já a ANEEL prevê a consulta aos agentes, consumidores e sociedade de forma genérica, conforme disposto em seu regulamento — Decreto nº 2.335/97:

"Art. 6º A estruturação das Superintendências de Processos Organizacionais deverá contemplar os seguintes processos básicos:

⁶²⁷ Marcos Augusto Perez, *Institutos de Participação Popular na Administração Pública*. Dissertação de Mestrado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1999, p. 156.

(...)
IV — consulta aos agentes, aos consumidores e à sociedade;”

O Projeto de Lei nº 3.337/2004, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, introduz a obrigatoriedade, para todas as agências, de realização de consulta pública antes da tomada de decisão sobre questão relevante:

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

Outra importante inovação do Projeto de Lei nº 3.337/2004 é a disponibilização na internet dos atos e propostas das agências submetidos à participação popular e de seu relatório anual de atividades:

“Art. 4º (...)

§ 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, em local especificado e em seu sítio na Rede Mundial de Computadores — Internet, em até sete dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como embasamento para as propostas colocadas em consulta pública.”

“Art. 7º Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados nas decisões a que se referem os arts. 4º e 5º deverão ser disponibilizados em local especificado e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a indicação do procedimento adotado, sendo que a participação na consulta pública confere o direito de obter da Agência Reguladora resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.”

“Art. 8º (...)

Parágrafo único. O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após o encerramento do exercício, ao titular do Ministério a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos

Deputados e disponibilizado na sede, suas unidades descentralizadas e em seu sítio na Internet."⁶²⁸

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

"Como conseqüência da procedimentalidade e da participação, temos que a atividade regulatória deve primar pela extrema transparência. Se, por um lado, temos a necessidade de abertura aos diversos interesses e o estabelecimento de uma permanente interlocução entre eles, coloca-se essencial que tudo isso se dê de forma clara, explícita, transparente. A articulação com os atores regulados deve ser feita às claras, com publicidade, evitando sua conversão em mera composição de interesses feita à sorrelfa. Se reconhecermos legitimidade dos diversos interesses, nada deve impedir que eles sejam postos para a Sociedade e que a motivação da decisão regulatória a eles faça referência. A introdução de espaços e oportunidades de auscultação e composição destes interesses nas regras procedimentais, bem como a introdução de instrumentos de participação de todos os interessados, são importantes mecanismos para permitir esta transparência. A eles devem ser agregados mecanismos de publicidade que possam ir além da mera publicidade na Imprensa Oficial (condição necessária, porém não suficiente à publicidade, nos dias de hoje). Neste sentido, a utilização da Internet parece oferecer uma oportunidade ímpar e indispensável."⁶²⁹

Por fim, os conselhos consultivos são órgãos de participação social institucionalizada, compostos de pessoas da sociedade e rep-

⁶²⁸ O referido projeto de lei foi recentemente retirado pelo Poder Executivo (V. Item VI.4.1). Não obstante, é recomendável que seus pontos positivos – dos quais se destaca a exigência de realização de consulta pública pelas agências – venham a ser incorporados futuramente em novas iniciativas legislativas sobre o tema.

⁶²⁹ Floriano Azevedo Marques Neto, *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*, in *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld (coord.), 2000, p. 96.

representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação. A participação popular efetiva-se como decorrência de sua composição mista, vez que nos conselhos reúnem-se representantes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, das prestadoras de serviços regulados, das entidades representativas de usuários e das que representam a sociedade em geral. Suas atribuições têm caráter consultivo e fiscalizador, incluindo a emissão de opiniões sobre projetos das agências, aconselhamento quanto à prestação dos serviços públicos, apreciação de relatórios e elaboração de propostas concernentes à atuação do Conselho Diretor. Têm ainda a possibilidade de “se manifestar durante o processo de elaboração das normas, ainda que na maioria dos casos não tenham efetivamente o poder normativo, que fica a cargo da direção da agência”.⁶³⁰

Há que se levar em conta, entretanto, que o discurso da legitimação pelo procedimento participativo sofre, no Brasil, severas críticas, que decorrem do baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira. Com efeito, em uma pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL,⁶³¹ descobriu-se que a participação concentra-se no grupo que atua no ramo de telecomunicações, as empresas e outros organismos a elas ligados, tais como escritórios de advocacia, os quais somam 68,69% das contribuições oferecidas. Já a presença de órgãos governamentais, bem como partidos políticos e entidades de defesa do consumidor, revelou-se ínfima.

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

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

631 Sobre os dados da pesquisa, v. Paulo Todescan Lessa Mattos, *Agências Reguladoras e Democracia: participação pública e legitimidade*, in *Regulação e Desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (coord.), 2002, pp. 182/230.

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

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

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

Em primeiro lugar, a temática dos direitos fundamentais relaciona-se com as autoridades independentes na medida em que estas poderão constituir-se, sob determinadas circunstâncias, nos melhores instrumentos administrativos gestores da defesa, proteção e promoção daqueles direitos. Este poderia ser o caso de uma comissão independente incumbida de exercer controle sobre meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádios e televisões), com vistas à defesa, proteção e promoção das liberdades de expressão e imprensa. Como se sabe, o Estado cumpre um papel dúplice em relação a tais direitos fundamentais, que exerce tanto passiva (ao não interferir na livre formação das ideias e em sua livre manifestação pelos agentes discursivos) quanto ativamente (ao atuar na proteção dessas liberdades e na regulação dos meios de comunicação, para o fim de fomentar a robustez do fluxo de informações e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista no chamado mercado livre de ideias).

Em outro trabalho, defendi o exercício de tal papel pelo Estado, por intermédio de um ente regulador independente, nos seguintes termos:

“A regulação da imprensa deve preencher as falhas naturais do mercado livre no ramo da comunicação social. É fundamental que as empresas jornalísticas sejam entidades da sociedade civil, inde-