

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS¹

Fernando Barbalho Martins
Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

I. INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a questão da legitimidade democrática das agências reguladoras instituídas no Brasil na última década, especialmente a partir das iniciativas promovidas pelo recém-empossado governo federal, sob a presidência de Luís Inácio Lula da Silva.

Com efeito, a ascensão do Partido dos Trabalhadores (PT) e seus aliados políticos à Presidência da República ocorreu num ambiente de negação e mudança dos rumos adotados pela gestão anterior, muito embora o discurso marcadamente socialista que caracterizava o PT tenha sido abrandado no curso do processo eleitoral desenvolvido em 2002.

Após iniciado o governo, as posições tradicionalmente antiliberais voltaram-se para o alvo mais evidente: as agências reguladoras.²

Sendo impossível a simples ruptura legal com todo o arcabouço regulatório instituído ao longo da década de 90, a administração petista vem sendo no mínimo leniente com ataques mal disfarçados à autonomia outorgada às agências brasileiras.³

¹ Trabalho de conclusão de curso na disciplina **Regulação Econômica e Defesa da Concorrência** (Prof.Dr.Thompson Andrade), no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Mestrado em Direito Público, em agosto de 2003.

² A postura referida é apontada de forma inequívoca por ALFREDO RUY BARBOSA, em artigo publicado no Jornal *O Globo* de 05/05/2003 (pág.7): *“Infelizmente, as reações de alguns membros do governo em face das agências reguladoras revelaram nitidamente o resquício de um cultura colonial ainda dominante no cenário político brasileiro. Para a grande maioria dos nossos políticos, é intolerável a convivência com um órgão regulador autônomo, cujos dirigentes não podem ser afastados ao simples movimento da sua caneta, e cujas decisões são irreversíveis no plano administrativo.”*

³ Neste sentido, destaque-se a recentíssima crise a respeito do aumento das tarifas dos serviços de telefonia fixa, onde o Ministro das Comunicações não se constrangeu em oferecer a estrutura do órgão para sustentar iniciativas judiciais que visassem a questionar o aumento concedido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em conformidade com os termos dos respectivos contratos de concessão. Ainda neste ano, a imprensa noticiou outra linha de ação destinada a minar o poder das agências reguladoras (Revista *Veja*, n.º 1801, 07/05/2003, pág.108): *“Diante disso, o governo vem quebrando a cabeça para controlar as agências e quer recuperar o poder manipulativo que perdeu com a existência delas. (...) mas o governo já sabe por onde ir: vai baixar o tomiquete orçamentário sobre as rebeldes. (...) De agora em diante, portanto, as agências que não agirem conforme o governo quer correm o risco de receber apenas migalhas. (...) Para o governo, o tomiquete orçamentário, além da eficácia, traz outro benefício precioso: é um instrumento discreto. A discrição é importante porque o governo teme que uma mudança na*

O substrato teórico que justifica a má-vontade do governo federal com as agências criadas pela gestão anterior reside no argumento de que tais entidades seriam desprovidas de legitimidade democrática, sendo absurda a concepção de que um Presidente da República eleito por mais de trinta milhões de votos não possa ter ingerência sobre autarquias vinculadas à Administração dirigida pelo referido agente político.

Com o escopo de afastar a referida crítica, traçar-se-á um panorama das circunstâncias que implicaram na reforma do Estado Brasileiro e, com ela, a adoção de um modelo regulatório para a prestação de inúmeros serviços públicos anteriormente desempenhados diretamente por entidades da Administração.

Em seguida provar-se-á a compatibilidade entre a função regulatória do Estado com o Princípio Democrático inscrito na Constituição da República, a partir da análise das transformações que modificaram a concepção de legitimação do poder político na sociedade ocidental e de breves notas de Direito Comparado.

À luz de tal cotejo, serão propostas correções necessárias à plena consecução do potencial democrático das agências e firmadas as noções que apontam para a necessidade da manutenção e desenvolvimento do modelo regulatório balizado pela atuação das referidas entidades administrativas.

II ORDEM ECONÔMICA E REFORMA DO ESTADO

Muitos cientistas sociais relacionam intimamente o surgimento de ordenamentos jurídicos a razões de natureza econômica, como, por exemplo, a necessidade de irrigação fluvial, que teria determinado a organização de estados na antiguidade clássica (Egito, Pérsia), conforme assinala ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO, citando lição de MASSIMO SEVERO GIANNINI.⁴

A própria concepção do Estado ao longo da história esteve sempre vinculada aos critérios de distribuição dos bens materiais disponíveis ao respectivo grupo social, evoluindo do conceito liberal até a instituição do Estado do Bem-Estar, passando, sob o ponto de vista de aparecimento histórico, pelo Estado de veio social.

Neste ponto, é valiosa a suma realizada por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, que indica como características do Estado Liberal: *“(a) liberdade de iniciativa; (b) propriedade privada; e (c) autonomia da vontade”*⁵, ao que se contrapunha a posterior antítese, o Estado Social, ao

legislação sobre as agências, ou qualquer outro tipo de intervenção grosseira sobre elas, possa comprometer o resgate da credibilidade brasileira...”

⁴ “Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas”, in “Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro”. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, Vol.XI (Direito da Regulação), pág.4.

⁵ “Ordem Econômica na Constituição”, in “Revista de Direito da Associação dos Procuradores do

qual caberia "a produção da riqueza e a sua redistribuição pela sociedade"⁶.

De tal processo histórico-dialético resultou a síntese corporificada no Estado do Bem-Estar, modelo compromissório das duas vertentes, que acabou por ser a opção do Constituinte de 1988 no Brasil.

A diretriz básica da ordem econômica brasileira está fixada no art.170 da Constituição da República, assegurando a livre iniciativa, mas condicionando-a à dignificação da pessoa humana através de princípios de Justiça Social.⁷

Nada obstante os elevados valores por ela consagrados, a denominada Carta Cidadã veio à luz já em meio ao turbilhão que trouxe as reconhecidamente fracassadas experiências de socialismo de estado no final da década de 80 do Século XX. Neste sentido, o país acabou por pagar pesado tributo pelos quase vinte e cinco anos de ditadura e repressão ao debate democrático sobre as opções institucionais da República.

Com efeito, enquanto a Europa e os Estados Unidos se estruturavam para fazer ou consolidar a transição do modelo do *Welfare State* para uma concepção distinta de organização sóciojurídica, o Brasil passou preciosos anos discutindo teses superadas e insistindo em promessas irrealizáveis.

E a própria retomada do debate democrático acabou por disparar um dos fatores que implicaram no processo de *Despublicização Econômica*, já que a integração de numerosos e expressivos segmentos sociais à discussão dos diversos temas de interesse nacional implica na diminuição da importância da política estatal, como é bom exemplo a disseminação das inúmeras organizações não-governamentais (ONGs), influenciando decisivamente na conformação de políticas públicas.

Em paralelo ao desenvolvimento político interno, o cenário externo também trazia transformações no conceito de soberania estatal, com a crescente influência de organismos transnacionais de caráter público e especialmente de caráter privado.

Extrapolando o campo político, outros fatores também contribuíram para o referido processo de *Despublicização Econômica*, tais como a contínua desvalorização das atividades do Setor Primário relativamente ao desenvolvimento de serviços técnico-especializados; o desenvolvimento tecnológico e de telecomunicações e a globalização econômica potencializada pela evolução de informática, tudo isto potencializado pela grande mudança social da segunda metade do Século XX, a substituição das classes como fator

Novo Estado do Rio de Janeiro". Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Vol.V (Direito Político), pág.153.

⁶ VILLELA SOUTO, Marcos Jurucna. *Op.cit.*, pág.154.

⁷ "Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:"

principal de identificação, multiplicando-se os critérios de inserção individual nos vários grupos componentes da sociedade.⁸

Neste quadro de aceleradas e profundas transformações, o Brasil ainda passou a última década do século passado enfrentando as dificuldades provocadas pela ineficiência de um Estado hipertrofiado, capturado pelos segmentos sociais e econômicos que justamente precisavam menos dele e incapaz de prestar os inúmeros serviços a que os Constituintes de 1988 comprometeram-no a entregar.

A solução que se apresentou foi justamente a adequação da estrutura administrativa às exigências não só do novo modelo econômico que se estabeleceu, mas também à crescente demanda social desreprimida pela redemocratização do país.

O referido processo de ajuste implicou na necessária reformulação do papel do Estado como *executor e responsável* pelo desenvolvimento econômico e a desconcentração e descentralização de diversas atividades sociais que poderiam ter sua consecução potencializada por parcerias com organizações cevasdas no meio do grupo social, independentes das amarras estatais.

Neste sentido, o que se percebeu e o que ainda se percebe é uma mudança no paradigma de legitimidade estatal, que passa a assumir um caráter *substantivo*, que se consubstancia no correto emprego e exercício do Poder.⁹ E servindo o Poder, num Estado Democrático de Direito, para garantir as condições mínimas ao desenvolvimento individual, segundo as variadas concepções de bem admissíveis na sociedade, tal legitimidade resta indissociavelmente identificada com a efetividade das normas constitucionais¹⁰, isto é, com "a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social".¹¹

A necessidade premente de atender às crescentes demandas sociais, aliada à incapacidade financeira de manter um patamar mínimo de qualidade e até mesmo de quantidade nos serviços públicos de que é responsável (e o que dizer para acompanhar a incessante evolução tecnológica que os afeta), implicaram, para o Estado, na reformulação do conceito de eficiência já há muito regente das atividades da Administração Pública.¹²

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Ordenamentos Setoriais e Agências Reguladoras Independentes", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Vol.VI (Direito Político), págs.91/92.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Legitimidade Constitucional", in "Direito Empresarial Público", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pág.3.

¹⁰ *Idem, ibidem*, pág.4.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. "O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas". Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pág.85.

¹² No Brasil, embora fosse doutrinariamente reconhecido como um dos princípios implícitos (ou sensíveis) da Administração Pública, o Princípio da Eficiência só foi positivado no texto constitucional a partir da Emenda n.º 19/98, sendo este, certamente, um sinal da insofismável opção

Volta-se, portanto, à questão da retirada do Estado do meio produtivo, ante a sua incapacidade e sua falta de vocação para atuar em meio agora pautado por uma agilidade incompatível com a estrutura estatal, firmando-se uma guinada na interpretação dos princípios retores da Ordem Econômica nacional.

Com efeito, o caráter altamente compromissório da Constituição de 1988 implicou na eleição de dois valores básicos para organizar a Ordem Econômica: a Livre Iniciativa e a Dignidade do Trabalho, ambos voltados a atender objetivos de Justiça Social que implicam na tensão entre os Princípios da Abstenção, tipicamente liberal, que determina o afastamento do Estado da vida econômica; e da Subsidiariedade, exceção de cunho social ao primeiro, que autoriza a intervenção estatal nas hipóteses de *"relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional"*.¹³

O ranço intervencionista que caracterizou o regime militar (1964-1985) e a ânsia de emprego dos recursos públicos na reinserção de largos grupos sociais num patamar civilizado de vida determinaram uma hermenêutica muito "elástica" quanto ao conceito das exceções acima citadas, propiciando a criação e manutenção de uma pletera de empresas de capital publicamente controlado atuando no meio econômico, situação cuja permanência se verificou inviável, especialmente à luz da contínua deterioração da qualidade dos serviços públicos prestados por entidades estatais de direito público e privado.

Necessário o reequilíbrio financeiro público, a reestruturação do Estado passou pelo estreitamento dos critérios interpretativos das exceções autorizativas da sua intervenção econômica, de modo a redirecionar os recursos decorrentes da desmontagem da sua pesada estrutura empresarial.¹⁴

A decorrente reforma econômica possuiu três momentos no âmbito jurídico: **(a) extinção de restrições ao capital estrangeiro;** **(b) flexibilização de monopólios estatais;** e **(c) privatização de entidades empresariais da Administração Pública,**¹⁵ todos eles, como se vê, destinados a restringir a atuação do Estado no meio econômico, permitindo a ampliação ou melhoria dos serviços públicos através do aporte de recursos privados existentes

no país ou provenientes de investidores estrangeiros.

Embora evidente ser este o único caminho para restabelecer parâmetros mínimos de prestação de serviços públicos, restou notória a reação dos setores mais à esquerda às aludidas reformas, ao que se opõe a elegante e incisiva pena de LUÍS ROBERTO BARROSO, jurista que não pode, absoluta e obviamente, ser acusado de conservador: *"parece equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária."*¹⁶

III O ESTADO REGULATÓRIO

Conquanto não fosse mais possível a atuação direta do Estado nos mesmos termos anteriormente vigentes, não seria concebível que o meio econômico fosse deixado por conta exclusiva dos agentes privados, retornando-se ao modelo liberal tradicional.

Endossando esta assertiva, lembre-se mais uma vez a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO: *"mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser de planejamento, regulação e fiscalização."*¹⁷

Como bem assinala o mesmo autor¹⁸, foi este ambiente de transformação político-econômica que propiciou a instituição das Agências Reguladoras no Brasil. Moldadas principalmente com base na experiência norte-americana com a atividade regulatória, as Agências desempenham atividade de natureza administrativa, voltada para a imposição de regras e controles alteradores do comportamento econômico, reduzindo a discricionariedade dos agentes privados em nome do interesse público.¹⁹

Importante assinalar que o conceito de regulação não se confunde com regulamentação, identificada com um tipo de intervenção mais direta e com conteúdo pautado pela discricionariedade.²⁰ Já a regulação não

¹⁶ *Op.cit.*, pág.275.

¹⁷ *Op.cit.*, pág.282.

¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁹ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "Agências Reguladoras", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, págs.29/30.

²⁰ Neste aspecto, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO entende que a diferença entre os dois institutos é de grau de intensidade. "Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, Vol.XI (Direito da Regulação), pág.9.

do Estado Brasileiro pela mudança de paradigma na realização de atividades públicas.

¹³ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "Ordem Econômica na Constituição", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro". Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Vol.V (Direito Constitucional), pág.156.

¹⁴ A correta percepção desta mudança de perfil da Administração Pública é magistralmente traduzida por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: *"Não se trata de cancelar investimentos, remunerar mal serviços e servidores e não honrar a dívida pública. A questão está na qualidade (e não quantidade) do gasto, mudando o modelo de desempenho (gestão), de acordo com um planejamento."*, trecho extraído do artigo "Agências Reguladoras", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro". Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Vol.IV (Direito Econômico), pág.27.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. "Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática.", in "Temas de Direito Constitucional", Rio de Janeiro, Renovar, 2003, Tomo II, págs.276/277.

contém considerações de caráter político, limitando-se a traduzir, em termos técnicos, as opções políticas firmadas pelo Legislador.²¹

De modo a lograr a adequação técnica das opções legislativas, a Agência Reguladora é provida, pelo próprio Parlamento, de três espécies de atribuição: (a) a **elaboração e aprimoramento contínuo das normas de ingresso, atuação e saída dos agentes privados do mercado regulado**; (b) **fiscalização das atividades econômicas reguladas**; e (c) **composição dos conflitos entre as partes submetidas à atividade regulatória (Poder Concedente, Concessionário e Usuário do Serviço)**.

Como se vê, as atividades inerentes ao desempenho da função regulatória apresentam, respectivamente às atribuições descritas acima, naturezas *quase legislativa, quase executiva e quase jurisdicional*.

A atividade regulatória apresenta, segundo ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO, dez características distintas:²²

a) **abrangência setorial**: visando à obtenção de eficiência nos serviços públicos, as Agências devem atuar no âmbito das especializações inerentes ao mercado regulado;

b) **subdeterminação**: consistente na fluidez e indeterminação normativa necessária à constante adaptação do agente regulador às evoluções sociais e tecnológicas que afetam o respectivo mercado;

c) **autonomia institucional**: destinada a garantir a isenção política e valorizar o critério técnico na atuação das Agências;

d) **instrumentalidade e flexibilidade**: corolário da subdeterminação normativa, faz com que a atividade regulatória se pautem pela viabilização e universalização dos serviços a ela submetidos, não consistindo num sistema que consagre objetivos em si mesmo;

e) **permeabilidade**: conexão intensa da atividade essencialmente jurídica com as demais ciências que afetam o funcionamento do mercado regulado (economia, informática, engenharia em seus mais variados ramos, etc.);

f) **administrativização**: a necessidade de atuação positiva do Estado no sentido de prover às necessidades sociais implicou na outorga de poderes normativos à Administração, de modo a que esta possa concretamente delinear as formas de atendimento ao interesse público genericamente estabelecido na lei;

²¹ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "A Função Regulatória", in "Direito Empresarial Público", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pág.21.

²² "Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, Vol.XI (Direito da Regulação), págs.17/42.

g) **novos mecanismos de legitimação**: como já visto anteriormente, não mais relacionada de modo exclusivo com requisitos formais de investidura dos agentes públicos, mas com o exercício e o emprego do poder detido pelas agências em função das finalidades estabelecidas na lei;

h) **setorização**: necessidade de coordenação entre as diversas instâncias regulatórias;

i) **individualização e concretude**: a regulação se volta, sempre que possível, para a obtenção dos resultados legalmente colimados segundo as peculiaridades de cada caso concreto; e

j) **consensualização**: expressão dos novos mecanismos de legitimação mencionados acima, as Agências atuam de modo a obter o assentimento dos sujeitos vinculados à sua ingerência

Representando uma inovação relativamente ao papel tradicional do Estado no que diz respeito à Ordem Econômica, as Agências Reguladoras são o instrumento de um processo que, ao contrário de consolidar, como se alardeia em meios tingidos de um vermelho consideravelmente surrado, a "entrega" de serviços públicos ao capital privado, mas sim restabelecer uma posição de efetiva força do Estado, firmando seu domínio no que MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO chama de Núcleo Exclusivo da Administração Pública²³ e colocando-o acima das intrincadas redes de interesse que o haviam capturado ao longo da história de contrafação de capitalismo perpetrada no Brasil.²⁴

IV PLURALISMO SOCIAL E DESMONOPOLIZAÇÃO DO PODER: FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Estabelecido o quadro em que se inserem as Agências Reguladoras no Brasil contemporâneo, surge a questão central do presente trabalho: a resistência e a perplexidade geradas em meios políticos e jurídicos quanto à compatibilidade deste novo modelo com o Princípio Democrático, fundamento da República, conforme estatui a Carta de 1988.²⁵

²³ "Agências Reguladoras", *Op.cit.*, pág.28.

²⁴ Novamente, faz-se alusão ao aqui multicitado artigo de LUÍS ROBERTO BARROSO: "Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu durante toda a sua existência." *Op.cit.*, pág.275.

²⁵ O Princípio Democrático é expresso de forma inequívoca por duas vezes, logo no início do texto constitucional, primeiramente no Preâmbulo ("Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático...") e, pouco após, no artigo 1.º ("Art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

Deste modo, a função regulatória recentemente moldada pelas recentes modificações legais e constitucionais é apresentada como uma “*besta-fera*” que ronda e ameaça o Estado Democrático de Direito, sorrateiramente minando e subtraindo poderes de agentes democraticamente eleitos pelo povo, introduzindo importação de conceito maquinado em algum laboratório social das “*grandes potências imperialistas*” com o propósito deliberado de conter a “*revolução popular*” que instauraria a verdadeira democracia no Brasil.

A miopia ideológica de alguns setores da vida nacional pratica um de dois pecados: ou ignora o texto constitucional (e portanto não deveria ingressar em debate relevante sem prévio conhecimento do tema); ou prefere, como de hábito, selecionar os valores constitucionais que mais lhe convêm, solapando os outros, como se não fossem opção legitimada pela Assembléia Constituinte instalada em 1987.

E tanto é assim por conta da existência de dispositivo expresso da Constituição da República prevendo a existência de uma função regulatória no âmbito do Estado Brasileiro:

“Art.174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Como se vê, portanto, a atividade regulatória não é função estranha ao quadro institucional da República, nem invenção engendrada pelos etéreos entes a quem alguns setores reacionários (de direita e de esquerda) atribuem, com fortes tons conspiratórios, responsabilidade por transformações sócioeconômicas que os mesmos não conseguem compreender.

Com efeito, o processo de consolidação e evolução regulatória vem sendo desenvolvido desde a II Guerra Mundial, no âmbito de estados que se inserem de forma inequívoca no rol daqueles filiados aos valores democráticos.²⁶

As críticas mais contundentes ao papel das agências são sintetizadas pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES: “*sobre elas têm sido suscitados questionamentos jurídico-constitucionais dos mais variados matizes, envolvendo desde a falta de legitimidade democrática e de compromisso para com o princípio de separação de poderes, que lhes seria inerente, passando pela crítica ao seu modo de atuação e ao suposto ‘despotismo’ que elas encarnariam, na medida em que, comandadas por técnicos e experts supostamente apolíticos e equidistantes das lutas pelo poder que se travam entre as diversas facções em que se divide o corpo social, essas entidades em*

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”)

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Op.cit.*, pág.17.

realidade estariam se subtraindo ao procedimento democrático de controle instrumentalizado através do processo político (‘political accountability’).”²⁷

Embora o debate ainda seja atual e implique em relevantes considerações por parte de abalizada doutrina que ainda resiste à possibilidade de convivência das Agências Reguladoras com os princípios democráticos e de separação dos poderes, há que se entender que a especial dificuldade enfrentada por tais entidades no Brasil se deve também ao vício de formação do Estado Brasileiro, visto socialmente como *expressão de autoridade* e não como meio de serviço à comunidade.²⁸

Pois bem, sendo a atividade estatal exercício de autoridade, como conceber uma estrutura pública fora do esquema tradicional de hierarquia administrativa?²⁹

A resposta à indagação acima passa inicialmente pela compreensão de que a sociedade contemporânea não mais se estrutura em sistemas rígidos de estratificação classista, sendo matizada em inúmeras concepções de Bem que caracterizam o pluralismo como traço distintivo da civilização ocidental.

Tal pluralismo, como bem acentua o Mestre DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, implica em desconcentração do Poder³⁰, traduzindo-se em três níveis: *econômico*, com uma organização econômica denominada por PAULO RABELLO DE CASTRO como *sóciocapitalismo*³¹; *social*, com o pluriclassismo que derruba as rígidas separações entre os multiplicados grupos de interesse social; e o *político*, que se expressa numa estrutura polissistêmica, não mais identificada com uma política hegemônica patrocinada por uma específica concepção de Estado (liberal, para as sociedades monoclássistas sob predomínio burguês; ou social, para aquelas sob o pálio de uma suposta hegemonia proletária).

É justamente com base nesta nova concepção pluralista da

²⁷ “Agências Reguladoras: A ‘Metamorfose’ do Estado e da Democracia. Uma Reflexão do Direito Constitucional e Comparado.”, in “Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, Vol.XI (Direito da Regulação), pág.91.

²⁸ OLIVEIRA FERREIRA, Cristiane Catarina. “Participação Social na Elaboração de Normas das Agências Reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte”, in “Direito Regulatório: Temas Polêmicos” (Org.: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO), Belo Horizonte, Fórum, 2003, pág.589.

²⁹ A noção inafastável de autoridade está tão incrustada no ideário social brasileiro, que é comum o espanto nas primeiras aulas em qualquer faculdade de Direito ao depararem-se os alunos com o fato de que a lei estadual não tem que necessariamente se submeter aos ditames de lei federal, sendo absolutamente estranha à população em geral a noção de que a Federação implica em repartição de competências, e não em subordinação entre os entes federativos.

³⁰ “Desmonopolização do Poder”, in “Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Vol.VI (Direito Político), pág.165.

³¹ *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op.cit.*, pág.168, em que o publicista fluminense assevera: “*Essa nova etapa, caracterizada por Peter Drucker como a última fase do processo de*

sociedade que ganha força a idéia dos *ordenamentos setoriais*, fortemente calcada na Teoria do Ordenamento Jurídico de SANTI ROMANO, magistralmente traduzida por ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO:

"1) O Ordenamento Jurídico não é apenas um conjunto de normas de conduta, mas a própria entidade que as coloca: os numerosos mecanismos ou engrenagens, os vínculos de autoridade e de força, que produzem, modificam, aplicam, garantem a norma jurídica, mas não se identificam com ela... O ordenamento jurídico é uma entidade que se move em parte segundo as normas, mas, sobretudo, a norma em si constitui muito mais o meio da sua atividade que um elemento da sua estrutura; 2) quanto à sanção: se é possível falar de uma obrigatoriedade do direito, se trata de uma coação, ou, ao revés, basta, como defendemos, uma simples garantia, direta ou indireta, imediata ou mediata, preventiva ou repressiva, certa ou apenas provável, e, portanto, incerta, desde que seja, em certo sentido, préordenada e organizada no próprio edifício do ordenamento jurídico. (...) 3) especifica o seu conceito de instituição da seguinte maneira: existência objetiva e concreta (corpo social), abstraída dos seus eventuais indivíduos, permanente e existente de per se. A instituição assim definida é a primeira, originária e essencial manifestação do direito; 4) as instituições, ou seja, os diversos ordenamentos jurídicos podem interagir com outros, de inúmeras maneiras, inclusive contrariando-os. Uma organização criminosa ou revolucionária, por exemplo, pode violar normas de um outro ordenamento jurídico, ou estatal, sem que isso lhes retire o caráter de instituição-ordenamento jurídico. Distingue, desta forma, a juridicidade, concernente à lógica do próprio ordenamento jurídico individuado, da licitude; 5) não se pode separar o direito da religião, da moral, do costume, da economia, das regras técnicas etc. Cada um deles será jurídico se for recebido na órbita de uma instituição. No caso da instituição estatal, pela sua abrangência, todos esses elementos são acolhidos; 6) toda instituição, desde uma família de duas pessoas ao Estado, terá um chefe, um legislador, subordinados, leis

acumulação de capital, que denominou de *capitalismo dos fundos de pensão*, transformou inteiramente o modo de financiar os empreendimentos, ao mesmo tempo em que facilitou a escala dos negócios e o poder de acesso das idéias sem capital ao veio financeiro que lhes pode dar vida. Na precisa expressão de Paulo Rabello de Castro, adentra-se a era de um *SÓCIO-CAPITALISMO*, para significar que a acumulação se dá pela decisão economicamente solidária de muitos, em oposição aos modelos em que apenas um magnata ou alguns poderosos executivos em torno de uma mesa tomavam decisões, denotando, portanto, que o novo fundamento da acumulação de *SÓCIOS* em torno de um propósito comum, daí ser esta a máxima expressão contemporânea do pluralismo na sua manifestação econômica."

*próprias, toda uma coordenação e engrenagem administrativa: será, então, um mundo jurídico completo em si; 7) a possibilidade do direito ser apenas estatal deve ser analisada diante de cada momento histórico. Ela estava correta no Estado antigo e errada na Idade Média. Ao seu tempo, apesar da inegável preponderância da instituição estatal, entendia que ela não mais poderia ser considerada como o único ordenamento jurídico existente: a chamada crise do estado moderno implica numa enorme tendência de constituição de círculos jurídicos mais ou menos independentes; 8) a relutância de alguns em aceitar o direito não estatal estaria ainda fundada na visão hegeliana do Estado como o ser ético por excelência, o Deus no mundo. Cita, a respeito, uma passagem de Kelsen, na qual este afirma que à onipotência de Deus no mundo corresponde a onipotência do Estado no Direito; 9) é óbvio que os ordenamentos jurídicos, principalmente quando temos em vista um ordenamento tão amplo como Estado, possuem muitas relações recíprocas. Às vezes um ordenamento jurídico está contido em outro, integralmente ou com a preservação de alguns espaços de atuação autônoma e, outras vezes, coordenam-se. Dependendo da relação de dependência verificada, um poderá condicionar a existência, a eficácia ou o conteúdo do outro, no todo ou em parte, havendo ainda o fenômeno dos reenvios, formais e materiais, de um ordenamento a outro."*³²

O raciocínio encampado pela aplicação de tal teoria rechaça a crítica que tira o fundamento de legitimidade da atuação das Agências Reguladoras no que diz respeito à edição de normas, visto que o Princípio Democrático, segundo as correntes opositoras à função regulatória, conferiria o monopólio normativo ao Poder Legislativo, que estaria sendo usurpado pelas referidas agências.

Ora, sendo cada setor social capaz de gerar um ordenamento específico, com seus peculiares ritos e agentes, o que parece ser antidemocrática é a concepção que calca a legitimidade política apenas num tipo de forma e aliena o poder deliberativo de tal setor a agentes nem sempre sintonizados ou minimamente identificáveis no que diz respeito aos valores cultivados por aquele grupo.

Consagrando as diversas expressões de pluralismo acima arroladas, o Direito também deve contemplar a multiplicação de fontes normativas existentes em cada grupo socialmente ordenado, enfeixando as diversidades econômicas, sociais e políticas num macrossistema que harmonize

³² "Os Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras Independentes.", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Vol.VI (Direito Político), págs.99/100.

os variados valores setoriais e supra as deficiências apresentadas por cada um de tais sistemas isolados.³³

Desta forma, retorna-se à idéia de que o Direito não é exclusivamente estatal, que as regras de conduta social não podem ser emanadas exclusivamente de uma fonte, segundo critérios unicamente formais.

A noção de que a chancela parlamentar é o único meio de legitimação democrática de uma norma não leva em conta justamente o traço plural da sociedade contemporânea, mantendo-se, por puro tradicionalismo, ou por medo da revolução que tal idéia pode trazer, a tendência de afastamento crescente entre as instâncias individual e estatal.

De fato, qual o efetivo contato existente entre eleitores e seus respectivos parlamentares? Mais do que isso: qual a identificação possível entre determinado indivíduo e um candidato que se apresenta esporádica e passageiramente durante campanhas quadrienais?

É notório o desinteresse da população pelas eleições parlamentares, fato que por si não é motivo para sepultar o sistema representativo, nem autoriza a substituição do Poder Legislativo por outros órgãos de criação e funcionamento desconhecidos. No entanto, a aceitação das Agências Reguladoras como centro de competências relativas à coordenação de atividades inerentes a um ordenamento setorial, oriundo de determinado meio econômico, possibilita a criação de uma instância intermediária neste processo de formação das normas, de concretização dos valores consagrados genericamente pelo legislador.

Por conseguinte, a consideração das peculiaridades dos ordenamentos setoriais implica no reconhecimento de sua *autonomia* e sua conseqüente *institucionalização* numa entidade que permita o debate destinado a fundamentar a *produção de normas* no âmbito interno de tal ordenamento.³⁴

A concepção de auto-regulação de determinados setores econômicos não é estranha ao Direito Brasileiro, bem como jamais foi aberrante, sob o ponto de vista constitucional, o funcionamento dos Conselhos Profissionais, que regulam amplo mercado de serviços liberais de interesse público (engenharia, medicina, advocacia, dentre diversos outros), justamente a partir da noção de que seria impossível para o Estado materializar a pretensão de gerir integralmente os referidos setores econômicos.

Portanto, rememorando a lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO anteriormente transcrita, a legitimidade do Estado Contemporâneo não pode residir em critérios puramente formais. Se o Princípio Democrático fundamenta tal legitimidade na *vontade popular*, não se constitui o

Poder Legislativo no seu exclusivo intérprete, até mesmo pela impossibilidade de se traduzir fiel e satisfatoriamente todos os diversos ordenamentos setoriais num parlamento de algumas centenas de cadeiras regionalizadas.

O Poder Legislativo fixa os valores e princípios que farão a moldura dentro da qual os vários setores sociais regerão suas atividades, e que harmonizarão os por vezes colidentes interesses de cada um desses ordenamentos.

Faz-se, com isto, a substituição proposta pelo eminente EROS ROBERTO GRAU, valorizando-se a *sociedade*, em vez do Estado, como fonte de argumentos e procedimentos para a fixação de parâmetros específicos de conduta³⁵, possibilitando uma maior e melhor concretização dos objetivos da atividade legislativa, além de viabilizar mais intensamente a verificação dos processos decisórios que redundam nos atos que influenciam diretamente os destinatários das normas.

A concepção de atividade estatal representada pelas Agências Reguladoras supera o velho modelo da *vontade geral*, em que o mero Princípio Majoritário bastava para garantir legitimidade às deliberações parlamentares. Uma sociedade pluralista, que respeite os diferentes conceitos individualizados de Bem, necessita possuir um Poder Contramajoritário, que assegure os objetivos superiores e permanentes consagrados na Ordem Constitucional, que observe igualmente a *vontade plural* dos diversos grupos sociais.³⁶

Também no sentido em que se obtém a legitimidade das normas regulatórias é possível verificar o caráter democrático do modelo ora debatido. O que as Agências Reguladoras conseguem fazer é *horizontalizar* o processo de deliberação, buscando o *consenso* entre os sujeitos regulados³⁷ (Concedente, Concessionário e Usuário), prática óbvia e inquestionavelmente mais democrática que o *vertical* processo de observância de regra pelo mero fato de que ela provém de determinado órgão político-estatal.

Outro argumento, e talvez o mais pobre deles, é quanto à forma de nomeação dos dirigentes das Agências Reguladoras, os quais, por não estarem sujeitos ao crivo do sufrágio eleitoral, não ostentariam lastro democrático para atuar em função essencial da Administração Pública.

Neste caso pergunta-se: um Ministro, nomeado pelo Presidente da República através de critérios informais, jungidos a fundamentos não necessariamente públicos e sujeitos a interferências políticas descompromissadas com o caráter técnico da atividade regulada teria maior legitimidade democrática?

³⁵ Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas.", in "Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, Vol.XI (Direito da Regulação), pág.10.

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Legitimidade Constitucional", *Op.cit.*, pág.5.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas.", *Op.cit.*, pág.16.

A análise da adequação da nomeação de um diretor de agência, referendada por atuação parlamentar formal sujeita ao escrutínio público é inegavelmente mais consonante com o Princípio Democrático do que o processo absolutamente discricionário de indicação ministerial.

Outro atestado da propriedade do mecanismo adotado para as Agências Reguladoras encontra-se na afirmação lúcida e pertinente de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: *"Veja-se, por exemplo, as agências reguladoras, cujos dirigentes são nomeados por mandatos certos não coincidentes, propiciando a nomeação deles ao longo de diversos governos. A medida, longe de se afastar da democracia, com um suposto afastamento destas instâncias das forças políticas majoritárias, assegura o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente o poder de controle do Chefe do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. São, destarte, uma fórmula apta a propiciar a necessária combinação entre o pluralismo e o princípio majoritário."*³⁸

O mesmo argumento da falta de legitimidade democrática oposto ao Poder Judiciário é eloqüentemente desmontado por GUSTAVO BINENBOJM: *"a fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no 'plebiscito diário' a que estão sujeitas suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma a que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos."*³⁹

Portanto, sendo as Agências Reguladoras a instância intermédia de convergência entre os interesses dos sujeitos regulados, é mais viável o debate destinado a realizar o *"plebiscito diário"* que é relatado acima, com vistas à obtenção do consenso também já abordado anteriormente.

Por outro lado, sendo a eficiência o valor básico garantido constitucionalmente no que diz respeito ao desempenho de atividades econômicas de interesse público, a legitimidade da atuação regulatória passará pela identificação da adequação de suas deliberações com os objetivos traçados pelas políticas públicas concebidas pelo Legislador ou mesmo pelo Constituinte.⁴⁰

Por fim, o que parece igualmente perturbar o sono dos críticos das Agências Reguladoras é sua autonomia, como se fosse possível garantir a isenção técnica mantendo-se a submissão de suas atividades ao controle hierárquico típico da Administração.

O combate à autonomia das agências como argumento pela democratização da atuação estatal na economia é gravemente contraditório, visto que a consensualização preconizada pela atividade regulatória, visivelmente identificada com o debate e o necessário processo argumentativo de convencimento dos agentes regulados, é totalmente incompatível com a *verticalização* inerente ao Poder Hierárquico, no qual o crivo discricionário é

mais acentuado.

E que não se diga que o reconhecimento de autonomia a entidades administrativas seria uma afronta ao poder conferido ao Chefe do Executivo, pois, além de permitir a *desconcentração deste mesmo poder*, evolução da idéia-mãe do constitucionalismo, a auto-limitação do Poder, o Direito Brasileiro já vive com outros exemplos de órgãos e entes autônomos, como bem lembra JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES: *"A título de mera especulação intelectual, de sugestão de novas 'pistas' de investigação científica, bem como com intuito de fazer uma singela aproximação com a realidade institucional brasileira, ousamos sustentar que, grosso modo, não seria nenhum exagero dizer que o estatuto constitucional do Ministério Público brasileiro constitui uma exacerbação ou aperfeiçoamento do protótipo do independent counsel, em razão da notável independência funcional de que a instituição passou a gozar entre nós a partir de 1988."*⁴¹

E que não se diga que o Ministério Público ou as Universidades têm sua autonomia prevista constitucionalmente⁴², pois os Conselhos Profissionais já mencionados gozam de igual ou maior independência em relação ao Estado e não têm assento no texto da Carta Magna.

Por outro lado, entretanto, a autonomia concedida a tais entidades não significa uma discricionariedade absoluta, senão uma possibilidade de deliberação através de ponderações razoavelmente demonstradas.⁴³ Em outras palavras, retorna-se à necessidade de obtenção, por parte do agente público regulador, de *consenso*, de *convencimento* dos sujeitos regulados.

Neste sentido, a atuação das Agências é notavelmente mais democrática, ao consubstanciar o processo de formação da norma ou de solução de conflitos, legitimando-a através do debate social, o qual só é possível com efetiva participação de tais sujeitos regulados nos procedimentos regulatórios.

De fato, a participação é o instrumento que garante a exposição de valores e interesses, assim como o debate de idéias tendentes a demonstrar a razoável e adequada ponderação administrativa.

A configuração das Agências Reguladoras, com autonomia para exercer funções afetas a cada uma das esferas dos poderes constituídos (legislação, jurisdição e administração), também encontra sustentação na chamada Teoria dos Poderes Neutrais, conforme elucida o preciso escólio de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: *"no advento da Revolução Francesa acreditava-se que apenas os órgãos da soberania popular, ou seja, os mandatários eleitos, poderiam levar a vida em sociedade a bom termo. Logo, porém, foi verificada a necessidade da criação de órgãos estatais com*

⁴¹ *Op. cit.*, pág.117.

⁴² Constituição da República Federativa do Brasil; arts.127, §2.º, e 207.

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Agências Reguladoras", Rio de Janeiro, Forense, 2002, págs.434/435.

³⁸ "Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas.", *Op. cit.*, pág.21.

³⁹ "A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira", Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág.116.

⁴⁰ OLIVEIRA FERREIRA, Cristiane Catarina. *Op. cit.*, pág.594.

autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, que abrangem realidades díspares, desde as cortes constitucionais às agências reguladoras independentes, passando pelos tribunais de contas, conselhos com sede constitucional, etc."⁴⁴

Na mesma esteira da fundamentação da legitimação democrática das Cortes Constitucionais acima articulada na citação de GUSTAVO BINENBOJM, as Agências Reguladoras garantem a prevalência de critérios técnicos no estabelecimento de parâmetros para a realização de atividades econômicas de interesse público, protegendo o valor da eficiência administrativa⁴⁵ (relacionada com a qualidade, viabilidade e universalidade do serviço público e a efetividade das ações de controle estatal) dos usuais e conhecidos rompantes demagógicos de agentes políticos, muitas vezes pouco preocupados com o impacto a longo prazo de intempestivas iniciativas tarifárias ou regulações operacionais.⁴⁶

Também resguarda a aludida eficiência da também reiterada promiscuidade entre Poder Concedente e Concessionários, normalmente cultivada às expensas da qualidade ou da modicidade dos serviços prestados aos Usuários.

Não é difícil imaginar o grau de transparência garantido por procedimentos que contemplem decisões colegiadas, jungidas ao Princípio da Motivação e moldadas por uma prática que prestigie a argumentação e a demonstração da razoabilidade das medidas adotadas.

Será que a este modelo é preferível a confiança individual depositada por um agente eleito em outro nomeado por critérios subjetivos e insuscetíveis de crítica e demissível *ad nutum*?

A incontornável obviedade da resposta aponta o caminho da efetiva legitimidade democrática.⁴⁷

⁴⁴ *Idem*, pág.441.

⁴⁵ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "A Função Regulatória", *Op.cit.*, págs.23/24.

⁴⁶ Neste aspecto, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO mais uma vez é incisivo na identificação do papel das Agências Reguladoras: "A função regulatória deve ser exercida de forma equidistante dos interesses, com vistas a um ponto ótimo, que concilie os interesses de consumidores, fornecedores e do Poder Público. A agência não é um órgão de defesa do consumidor, mas uma entidade que busca o equilíbrio entre os interesses nos setores regulados (mercado específico), devendo ficar equidistante de consumidores, fornecedores e do poder público." (in "A Função Regulatória", *Op.cit.*, pág.29).

⁴⁷ Endossando a assertiva do texto, faz-se nova menção a ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: "O grande risco da fluidez dos objetivos fixados na legislação é a possibilidade de, em razão da sua inevitável generalidade, serem instrumentalizados politicamente pelas forças políticas momentaneamente dominantes. Para evitar que os objetivos das normas sejam tomados por apenas uma parcela da sociedade, têm sido criados órgãos ou entidades autônomos, cujos dirigentes não podem ser exonerados *ad nutum* e cuja composição é feita de tal forma que a sua composição tende a ser heterogênea política e ideologicamente." (in "Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas", *Op.cit.*, pág.21).

Portanto, concebida como expressão deste Poder Neutral e ente de institucionalização do ordenamento setorial cuja regulação é pretendida pelo Estado, a agência reguladora não padece de vício essencial no que diz respeito à sua compatibilidade com o regime democrático.

Contudo, há que se observar, repita-se, a necessária existência de instrumentos de participação dos sujeitos regulados, um dos componentes da tríade que confere fundamento de legitimidade para a função regulatória: *a) atendimento das finalidades públicas fixadas para aquele setor econômico; b) presença de espaços públicos de discussão; e c) sujeição aos Princípios Constitucionais.*⁴⁸

De fato, a doutrina é unânime em estabelecer este espaço público de debate como condição elementar de inserção das agências nos limites traçados pelo Princípio Democrático. Assim, CONRADO HÜBNER MENDES, citado por JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES: "terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a cada um desses interesses".⁴⁹

Esta participação pode se dar, conforme ensina DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, de três formas: *a) Coleta de Opinião; b) Debate Público; e c) Audiência Pública*⁵⁰, todas de caráter aberto a determinados grupos e indivíduos relacionados ao tema sujeito ao ato administrativo e contendo um procedimento formal de interação com o respectivo ente público. Diferem entre si pela intensidade da interferência no procedimento de deliberação administrativa: a coleta de opinião permite somente a exposição de motivos ou opções dos participantes, enquanto que o debate público propicia o confronto efetivo entre as várias manifestações apresentadas. Já a audiência pública acresce aos elementos acima descritos "um maior rigor formal de seu procedimento", nos dizeres do insigne Professor.⁵¹

Nada obstante a legislação que cuida das Agências Reguladoras prever uma série de formas de participação democrática em seu funcionamento, tais como a realização de *audiências e consultas públicas*, instituição de meios de participação popular em *órgãos consultivos* e imposição de *publicidade* aos seus atos, a tradição de integração da sociedade nos assuntos de Estado é rarefeita, como bem atesta CRISTIANE CATARINA DE OLIVEIRA FERREIRA: "a situação no Brasil é a de que o membro da sociedade não participa efetivamente da elaboração das normas das agências e, após a expedição da norma, busca o Estado, por meio do Poder Judiciário, para socorrê-lo contra o eventual arbítrio na formação da norma."⁵²

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*, págs.32/33.

⁴⁹ In "Agências Reguladoras: A 'Metamorfose' do Estado e da Democracia. Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado.", *Op.cit.*, pág.115.

⁵⁰ Apud VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "Direito Administrativo Regulatório", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pág.169.

⁵¹ *Idem*, *ibidem*.

⁵² *Op.cit.*, pág.603.

Um reflexo evidente de tal afirmativa é a restrição do papel do Ouvidor nas agências, que, apesar de preverem sua existência, não permitem que o agente responsável pela *coleta de opinião* junto à sociedade e aos sujeitos regulados possa intervir no processo de elaboração normativa ou no apoio à atividade parajurisdicional ou fiscalizatória desempenhada pelo ente regulador.⁵³

A mesma autora gaúcha destaca a formatação do procedimento regulatório, especialmente no que diz respeito à elaboração de normas, no âmbito dos Estados Unidos: "...há formas efetivas de participação na elaboração das normas das agências...que podem ser destacadas da seguinte forma: a publicação do projeto no *Federal Register*; a publicação de avisos prévios de que se está estudando a criação de normas, o recebimento das sugestões e críticas com devolução de resposta no preâmbulo da norma, a exigência de processo público com os registros dos atos que envolvem a elaboração da norma, audiência e a notificação específica de interessados ou grupos específicos."⁵⁴

Se não há prática popular na participação efetiva em tais matérias, igual vício se percebe na atuação do Poder Legislativo, a quem cabe a função de controlar a atividade governamental, exercendo fiscalização política de suas iniciativas.

Então, o que se constata é que os Parlamentos, em todos os níveis da Federação, resumem-se a meramente chancelar as iniciativas do Executivo com relação às Agências Reguladoras, não desempenhando efetivamente a sindicância dos nomes indicados para as suas diretorias ou mesmo atuando nas diversas comissões temáticas, de modo a exigir a prestação de contas inerente a qualquer atividade administrativa.⁵⁵

O déficit democrático apontado nas agências reguladoras não se relaciona com a noção absoluta encerrada na sua legislação, mas na constatação de que a importação acrítica do modelo norte-americano desconsiderou as peculiaridades dos processos históricos dos dois países.

O próprio surgimento das agências nos dois ordenamentos jurídicos se deu sob prismas diametralmente opostos. A instituição de agências nos Estados Unidos tem sua origem remota no Século XIX, a partir da necessidade de *ingresso* do Estado no mercado de transporte ferroviário, e, num segundo momento, no período entre guerras do Século XX, como forma de limitar o alargamento desmesurado do Poder Executivo no âmbito da política do *New Deal* implementado por Franklin Delano Roosevelt.

Já o caso brasileiro aponta para as Agências como instrumento de viabilização da *saída* do Estado do meio econômico, sendo tais entes o

⁵³ OLIVEIRA FERREIRA, Cristiane Catarina. *Op.cit.*, pág.599.

⁵⁴ *Idem*, pág.602.

⁵⁵ A este respeito, sustenta MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: "Entretanto, a maioria dos comitês revisores exerce uma função meramente orientadora, o que nem sempre é acatado pelas agências (que não modificam ou revogam as normas questionadas, dado que, muitas vezes, os

núcleo residual de atuação estatal no mercado, de modo a garantir a possibilidade de ingerência na iniciativa privada, de modo a atender os interesses públicos consagrados na Constituição.

Além de tais diferenças, a longa vivência democrática permitiu, nos Estados Unidos, a consolidação de instituições políticas sólidas e estáveis, viabilizando o estabelecimento de critérios, ainda que não positivados, de indicação de dirigentes das agências de modo a manter um equilíbrio bipartidário na sua composição, circunstância impossível de ser reproduzida no Brasil, não só pela pulverização irracional do quadro partidário, como pela sua absoluta incapacidade de estabilização, dada a desimportância dos programas por eles formalmente adotados, o que propicia o festival de alternância nas filiações eleitorais.

Outro aspecto é o absoluto desinteresse dos parlamentares pelo debate de questões de conteúdo técnico, desprezando-se, como já visto acima, a possibilidade de ingerência na nomeação de determinados diretores, não tendo jamais sido cogitado de se adotar sistema de composição tripartite como ocorre na França, com a indicação de dirigentes por nomeação do Presidente da República (que por sua vez divide a condução da Administração com o Primeiro Ministro, no singular regime da *cohabitation*) e dos Presidentes da Assembléia Nacional e do Senado, casas legislativas com perfis completamente distintos⁵⁶, garantindo-se assim a pluralidade de correntes ideológicas no âmbito do órgão regulatório.

Deste modo, o problema das agências reguladoras no Brasil não é de concepção legislativa, mas de prática pública: a sociedade brasileira e especialmente o Parlamento não têm o hábito de fiscalizar o Executivo, submetendo-se ativamente à sua autoridade, "*deitando-se em berço esplêndido*" a esperar pela proteção do Estado, em vez de interferir racional e razoavelmente nos processos deliberativos.

Os instrumentos para garantir a democratização da atividade regulatória, embora não sejam ideais, estão disponíveis na legislação e no próprio texto constitucional, havendo meios concretos para a redução do déficit democrático apontado neste campo, como bem ressalta LUÍS ROBERTO BARROSO: "*este déficit democrático tem sido objeto de ampla reflexão pela doutrina, que aponta alguns aspectos que, idealmente, seriam capazes de neutralizar suas conseqüências. Dentre eles, invocam-se os seguintes: o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências. Ressalte-se que em tempos de liberdade de imprensa, de organização*

legisladores não valorizam sua própria atuação." (in "Direito Administrativo Regulatório", cit., pág.353).

⁵⁶ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Op.cit.*, pág.100.

da sociedade e de existência de uma opinião pública esclarecida e atuante, sobreleva a importância do dever da motivação adequada, do dever de argumentativa e racionalmente demonstrar-se o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.⁵⁷

V CONCLUSÃO

Diante do panorama traçado acima, constata-se que:

1. a atuação estatal na economia é, por mandamento constitucional, exceção à regra da livre iniciativa, justificando-se a sua intervenção tão-somente nas hipóteses de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo;

2. as modificações econômicas e sociais ocorridas a partir da última metade do Século XX implicaram na crescente incompatibilidade do Estado com as atividades do setor produtivo, acarretando, no plano brasileiro, uma restrição nos critérios interpretativos das exceções acima apontadas;

3. o próprio processo histórico brasileiro aponta para a inexistência de consolidação de efetiva iniciativa privada no meio econômico, tendo as intervenções estatais ao longo do tempo servido para atender aos interesses dos setores que justamente não precisariam de tal apoio, em detrimento de necessárias políticas redistributivas de realização inviável ante o esgotamento dos recursos públicos;

4. a dupla impossibilidade de simples entrega do meio econômico à auto-regulação e da integral regulação do mercado determinam o reconhecimento estatal dos ordenamentos setoriais correspondentes às atividades reguladas, institucionalizando-se as Agências Reguladoras como instâncias intermédias entre os indivíduos e o Estado, destinadas ao desempenho de funções de normatização, composição de conflitos e fiscalização de condutas;

5. a autonomia outorgada às Agências é, ao revés dos protestos atualmente em curso no meio político-jurídico brasileiro, não só compatível com o regime democrático, como se trata de incremento na sua concretização, na medida em que cria meios de deliberação colegiada e consensual, limitando a discricionariedade administrativa neste campo à demonstração razoável de adequação de seus atos aos objetivos fixados pelas políticas públicas concebidas pelos agentes políticos;

6. os meios de atuação das Agências se coadunam de maneira mais aguda com as características de uma sociedade pluralista, em que a mera legitimação formal não logra

⁵⁷ *Op.cit.*, págs.304/305.

atender a todos os diversos valores reconhecidos como válidos pela Ordem Constitucional, passando-se a uma verificação de legitimidade de acordo com o justo exercício e emprego do Poder, de forma a demonstrar a ponderação que levou ao prestígio de um interesse sobre o outro em cada caso específico, sempre em função dos princípios supremos estatuídos pela Carta Fundamental;

7. os mecanismos de nomeação de dirigentes e participação nos procedimentos regulatórios, apesar de não serem ideais, apresentando a necessidade de alguns aprimoramentos, já fornecem instrumentos suficientes, ao menos num plano ideal, para garantir uma intervenção social muito mais intensa do que aquela normalmente possibilitada pelo tradicional sistema hierárquico da Administração Pública;

8. a evolução do sistema regulatório dependerá da assunção efetiva, por parte dos setores sociais organizados submetidos à ingerência regulatória de determinada agência, assim como pela classe parlamentar, das atribuições que lhes são facultadas ou impostas pela Lei e pela Constituição, passando tais entes e pessoas a participar ativamente e cobrar a instalação do espaço público de discussão unanimemente apontado pela doutrina como instrumento essencial de legitimação democrática da atuação das Agências Reguladoras, de modo a forçar e consolidar a prática de motivação ampla e expressa dos atos que interferem na vida econômica do país;

9. neste quadro, as iniciativas no sentido de restringir a autonomia das Agências Reguladoras, assim como de desautorizar seus atos, visando à retomada de atribuições por parte de Ministérios e outros órgãos da Administração Direta, implicam, isto sim, em grave retrocesso na instalação de um ambiente de debate democrático sobre a execução concreta das políticas atinentes à prestação de serviços públicos, comprometendo a capacidade de expansão de cada sistema e, por conseguinte, suas viabilidade e universalidade a longo ou, por vezes, até a curto prazo, trazendo decréscimos de eficiência que vulneram expresso princípio constitucional.⁵⁸

BLIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. *Os Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras Independentes*, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de*

⁵⁸ Constituição da República Federativa do Brasil; art.37, *caput*.

Janeiro, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Volume VI (Direito Político), páginas 87 a 136.

____. *Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas*, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, Volume XI (Direito Regulatório), páginas 3 a 42.

BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, Volume XI (Direito Regulatório), páginas 89 a 123.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, in *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, páginas 271 a 306.

____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Desmonopolização do Poder*, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, páginas 165 a 185.

____. *Legitimidade Constitucional*, in *Direito Empresarial Público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, páginas 3 a 18.

OLIVEIRA FERREIRA, Cristiane Catarina. *Participação Social na Elaboração de Normas das Agências Reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte*, in *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, Belo Horizonte, Fórum, 2003, páginas 585 a 604.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Agências Reguladoras*, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Volume IV (Direito Econômico), páginas 27 a 63.

____. *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

____. *A Função Regulatória*, in *Direito Empresarial Público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, páginas 19 a 31.

____. *Ordem Econômica na Constituição*, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, Volume V (Direito Constitucional), páginas 151 a 163.