

O DIREITO À PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO NOS PROCESSOS REGULATÓRIOS

Vanice Regina Lírio do Valle*

1. LOCALIZANDO A INDAGAÇÃO – INTERESSES A SE FAZEREM REPRESENTAR NO CURSO DO PROCESSO REGULATÓRIO

O tema do direito regulatório – atualíssimo – tem permitido aos estudiosos da área do Direito Administrativo o enfrentamento de inúmeras questões relevantes, que variam desde a conceituação mesma do que seja serviço público (com uma revisitação, portanto, de toda a escola clássica) até a exploração da idéia da delegificação, tida como possível indicação de caminho para que se possa, a teor da Teoria dos Ordenamentos Setoriais, garantir a atualidade, e por conseqüência, o bom desenvolvimento da função regulatória.

É de se ter em consideração, todavia, que o processo de elaboração dessa área específica do Direito não tem sido socorrido pela sedimentação e maturação própria de outras áreas, em que o processo reflexivo se desenvolve ao longo de anos (por vezes décadas), antes que se passe à concretização dos conceitos e institutos objeto dessa nova formulação. Na seara do direito regulatório, ao contrário, sob os reclamos de uma urgência de modernidade, se tem empreendido ao mesmo tempo a adaptação necessária das experiências alienígenas e a crítica dos modelos já adotados no Brasil, já em pleno funcionamento.

Conseqüência inevitável desse atropelo é a circunstância de que algumas matérias – relevantíssimas – retem tratadas no dia-a-dia das agências reguladoras, sem que se tenha ainda empreendido uma reflexão sobre seu verdadeiro conteúdo, e portanto, sobre o regime jurídico própria à regência dessas atividades. O tema eleito para essas considerações é um deles: os reflexos da garantia do devido processo legal, naquilo que a rotina das agências reguladoras tem denominado processo regulatório – e aqui se alude não ao processo de formação das normas de regulação, mas sim àquele que cogita de uma postulação apresentada pelo executor do serviço ao ente dotado de competência para a solução de conflitos, a saber, a agência reguladora.

* Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

1 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 9 de julho de 2002.

É sabido que incumbe às tais entidades, do alto de sua indispensável independência, ter em consideração, no exercício de suas atividades, os interesses não só do Estado e da executora do serviço (concessionária, muitas das vezes), como também aqueles próprios dos usuários. Essa tríplice consideração de interesses, em verdade, para autores como CONRADO HÜBNER MENDES², traduziria a pedra de toque mesmo de legitimação desse modelo de composição de conflitos. Vale a leitura:

“Curvar-se à retórica do interesse público, sem atentar para a existência de uma multiplicidade de interesses públicos, é submeter-se a um discurso político perverso e dissimulador.

Podemos visualizar, sob esse enfoque, ao menos três ‘interesses públicos’ em jogo dentro do processo decisório das agências reguladoras: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Identificar qual destes está sendo atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para se aferir qual a legitimidade democrática do ente específico.”

Esse é o tema objeto das presentes cogitações – por certo, muito mais uma provocação à reflexão da matéria específica do que a pretensão de oferta de solução a questão de tamanha complexidade, e recoberta por efeitos sociais tão relevantes.

2. PROCESSO REGULATÓRIO – UMA AMPLIAÇÃO DA FIGURA CLÁSSICA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Classicamente, identifica-se o processo administrativo³ com uma “relação jurídica dinâmica, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dele participam⁴”. De outro lado, a própria idéia de disciplinar-se o desenvolvimento do processo administrativo sempre se inspirou num ideal de garantia de direitos individuais. Isso porque, estabelecida uma relação jurídica de interação com o detentor de um determinado poder estatal com vistas ao atingimento de uma determinada finalidade, sem dúvida tem-se a um só tempo assegurado o *modus* pelo qual a decisão acerca daquela finalidade perseguida será formulada, como também uma certa previsibilidade no que pertine ao comportamento da Administração na análise do tema a ela posto a decidir. Com precisão cirúrgica, indica JUSTEN FILHO, citado por MOREIRA (2000:57-58)⁵:

2 MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In *Direito Administrativo Econômico*, coord. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 104

3 Não se adentra, no presente trabalho, em considerações quanto à divergência doutrinária acerca da terminologia – ou da existência mesmo – da categoria processo administrativo, em oposição à análise a que se propõe o texto, especialmente quando se considera que o princípio do devido processo legal em seu sentido substancial, especialmente a teor da Carta Federal de 1988, tem plena aplicação em ambas as esferas de composição de conflitos.

4 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 53.

5 *In opus cit.*, pp. 57-58.

A institucionalização de procedimento acarreta, como consequência mais direta, uma possibilidade de previsão e de orientação de condutas. Na medida em que o exercício do poder jurídico dependa da prévia exaustão de uma seqüência ordenada de atos, não mais se torna possível surpreender aos interessados com medidas imediatas e desconectadas. O exercício do poder jurídico é obrigatoriamente proporcionado ao que se definiu no curso do procedimento. Cumprir o procedimento assegura a manifestação e a consideração a todos os eventuais, possíveis e não cogitados interesses em jogo.

Nenhuma diferença fundamental, no até o momento exposto, entre o processo administrativo regulatório – que cuida da composição de interesses apresentados à intervenção mediadora da agência – e o processo administrativo tradicional. O que se impõe fazer, a essa altura, é a junção das duas idéias já apresentadas, consolidando a compreensão de que o processo administrativo regulatório, justamente por se desenvolver sob a inspiração da necessária cogitação, sempre, pela agência reguladora, das três órbitas de interesse aludidas no item *a* – Estado, concessionária e usuários – não pode ser visto como uma relação bilateral, a exemplo do que se verifica no processo judicial.

É certo que o conflito de interesses submetido à mediação por parte da agência reguladora, especialmente no caso das concessões de serviços públicos – e esse é o campo de cogitações nas presentes linhas – envolve, no mais das vezes, cláusulas ou fenômenos próprios da execução desse particular contrato administrativo. Não é menos certo, porém, que esse contrato administrativo em especial – o de concessão de serviços públicos – reveste-se, por sua vez, de características que não permitem se possa compreender a decisão acerca de suas cláusulas ou seus eventos de execução, como contida tão-somente na esfera de cogitações e direitos das partes contratantes.

Essa conclusão, da inafastabilidade do usuário quando se cuida de conflitos que envolvam a adequada execução do contrato de concessão de serviços, decorre, não só do bom-senso, mas da própria estrutura normativa em vigor. Assim é que, na esteira da deliberação constituinte expressa no parágrafo único do art. 175 da Carta Federal, que determina o tratamento pela lei aos direitos dos usuários e à obrigação de manter serviços adequados; a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prevê:

- o usuário como agente que, em cooperação com o poder concedente, promoverá a fiscalização das concessões e permissões (art. 3.º);
- a adequação do serviço ao pleno atendimento dos usuários como pressuposto do contrato (art. 6.º, § 1.º) – e, por via de consequência, é de se ter assegurada a participação do beneficiário desse serviço adequado nas atividades reguladoras que se possam refletir na prestação do serviço;

- o direito em favor do usuário de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos (art. 7.º, II).

Nem se diga que os termos da Lei 8.987/95, ao conferir tal nível de tarefas e interseção de parte do usuário em relação à execução do serviço público, tenha ultrapassado a idéia de garantia individual expressa no art. 5.º, LV, da Carta de Princípios, que, ao cuidar especificamente de direito de defesa, assegurou-o tão-somente aos **litigantes**, em processo administrativos ou judicial.

Ora, não parece possa essa compreensão reducionista da garantia do direito à defesa prosperar, em especial em relação a serviços públicos, a teor especialmente da redação conferida pela Emenda Constitucional 19/98 ao § 3.º do art. 37, também da Carta Federal, que assegura formas de participação do usuário na Administração Pública. Assim, ainda que o usuário de serviço público não titularize interesse direto, pessoal, na solução de um conflito de interesses que envolva Poder Concedente e Concessionária, nem por isso seria sustentável excluí-lo do processo administrativo que se destine à solução desse conflito, não só porque o acesso às informações lhe é constitucionalmente garantido, como também porque de outra forma o desenvolvimento regular de sua função de colaboração com o Poder Público no que pertine à fiscalização dos contratos ficaria extremamente prejudicado.

Desse conjunto de conceitos e normas decorre, portanto – sem maiores dúvidas –, que o usuário do serviço público se caracteriza como interessado (e a expressão aqui se utiliza no conteúdo técnico específico de que ela se reveste na Lei 9.784/99) nos processos administrativos que envolvam conflito de interesses entre poder concedente e concessionária, apresentados à composição de uma agência reguladora. A essa conclusão, aliás, se poderia chegar, se não pelo *iter* acima percorrido, pela própria leitura dos termos do art. 9.º da Lei 9.784/99, que assim se expressa:

Art. 9.º – São legitimados como interessados no processo administrativo:

I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Possível, portanto, a qualificação de um usuário de serviço público, ainda que não diretamente relacionado com o tema em discussão em um processo regulatório, ao arrimo do art. 9.º, incisos II, III e IV, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Observe-se que o texto da Lei 9.784/99 não empreende a distinção, no que tange às prerrogativas reconhecidas ao interessado no processo administrativo, entre aquele que tenha interesse direto (art. 9.º, I) ou aquele que tenha interesse reflexo (art. 9.º, II a IV). Ao contrário, nem mesmo a desistência por parte daquele que inaugurara o processo administrativo – ato que caracterizaria disposição quanto a seu direito individual – tem o condão de subordinar a demais eventuais interessados (art. 51 da Lei 9.784/99), evidenciando um tratamento igualitário entre todos aqueles que, própria ou remotamente, tenham interesse no tema cogitado no processo administrativo em causa.

Também aqui parece tenha a lei mantido padrões de lógica e coerência. Afinal, se no processo administrativo o que se objetiva ao final é a adoção de uma conduta de parte da Administração Pública; e se esta age subordinada pelo valor do atendimento ao interesse público, não se poderia reconhecer uma disponibilidade absoluta por parte do suposto titular direto do direito em discussão, sendo razoável que qualquer administrado que vislumbre ainda aspecto de interesse público a ser considerado pelo agente público seja admitido a suscitá-lo, tudo em favor do aprimoramento da ação do Poder Público.

De todo o já visto decorre como consequência que a intervenção, postulada por usuário ou entidade representativa de usuários, no curso de processo regulatório, por certo, não pode ser obstada pelo poder concedente, pela concessionária ou mesmo pela agência reguladora, sob pena de violação a todo o conjunto de normas constitucionais e infra-constitucionais já trazidas, e ainda à garantia do devido processo legal – já que esse elemento, da admissibilidade da intervenção do usuário, não obstante não relacionado de forma direta aos interesses em litígio, é próprio da estrutura desse particular processo administrativo.

O tema, todavia, não se esgota nessa conclusão – que, aliás, é a mais simples. A questão está – já que se trouxe à baila o devido processo legal: é possível afirmar que a participação do usuário no processo regulatório se constitui direito subjetivo a essa coletividade reconhecido pela lei, e portanto, essencial à observância do *due process*? Significa dizer: será válido o processo regulatório que se desenvolve sem a garantia da possibilidade de participação do usuário?

3. PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO REGULATÓRIO – DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO DO USUÁRIO DE SERVIÇOS

O próximo passo no sentido do robustecimento da participação do usuário no trato dos temas regulatórios – mesmo aqueles que digam respeito, aparentemente, a tão-somente uma relação de cunho contratual – parece ainda encontrar pleno apoio nos textos legais e constitucionais já colacionados.

Assim é que a pertinência subjetiva, ou mais, a titularidade por parte dos usuários de um direito à participação que a norma objetiva traça está claramente expressa, já de início, nos termos do art. 37, § 3.º, da Carta Federal, como deflui de uma leitura conjunta das regras dos seus incisos II e III. Sim, porque o acesso aos registros administrativos (inciso II) pressupõe conhecimento do que se tenha cuidado no processo; assim como a representação contra o exercício negligente ou abusivo só se viabilizar concretamente com a participação, a oferta a conhecer do que se esteja decidindo.

Há de ter aplicação aqui o parâmetro de interpretação que confira à norma sua máxima eficácia. E não resta dúvida que entender que o usuário só possa representar se, por outros meios, tiver acesso à notícia de exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública, é restringir sobremaneira o alcance da norma constitucional. Outro vício que eivaria a compreensão de que a garantia ao direito de representação não pudesse traduzir um direito subjetivo público à participação no curso do processo regulatório é a circunstância de que se estaria, do ponto de vista concreto, igualando em conteúdo a regra do art. 37, § 3.º, III, da Constituição Federal, àquela contida no art. 5.º, XXXIV, *a*, também do Diploma-Base. É certo que enquanto a última consagra direito e garantia individual, a primeira destina à lei a disciplina de um procedimento. Mas se, na essência, o direito de fundo de que se cuida é o mesmo – o de representar perante o Poder Público contra a prática de irregularidade ou abuso de poder – teríamos na regra do art. 37, § 3.º, III, uma repetição de texto já expresso, numa explicitação que não se admite como possível, na boa técnica da interpretação constitucional.

Na mesma linha de compreensão, é de se empreender a leitura dos termos do art. 7.º, II, da Lei 8.987/95, que consagra o direito do usuário de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos. Ora, se a tutela dessa espécie de direitos é uma cogitação da Lei 8.987/95; e se para isso é de se instrumentalizar o usuário, não resta dúvida que é de se lhe permitir a participação e o acesso às informações quando se encontra ainda em curso o processo decisório. De outra maneira, oferecendo-se a conhecimento tão-somente a decisão já havida, de muito menor utilidade será a sua participação controladora; que pode ainda se ver subordinada a outras circunstâncias concretas. Em linguagem e abordagem menos técnica, não é razoável, diante de um sistema de controle urdido pela Constituição e pela lei ordinária em favor do usuário de serviços públicos, pô-lo refém do fato consumado, dando-se-lhe conhecimento tão-somente daquilo que já foi, em concreto, decidido.

6 Observe-se que a Lei 8987/95 chega mesmo, em seu art. 29, XII, a conferir ao poder concedente a incumbência de “*estimular a formação de associações de usuários para defesa dos interesses relativos ao serviço*”.

7 Nessa linha de compreensão, aliás, se estaria igualmente amesquinhando a garantia específica do usuário do serviço público, já que o acesso à decisão da Administração Pública – e a agência reguladora, embora sob regime especial, integra, indiscutivelmente, a Administração Pública – é a todos assegurado por força do princípio da publicidade.

A imprescindibilidade de se empreender essa adaptação “*cultural*” no que tange à compreensão do processo administrativo no âmbito, em especial, das agências reguladoras é de fácil percepção do ponto de vista prático. Assim é que uma demanda que envolva, por hipótese, o adiamento do cumprimento de meta de fornecimento de água tratada, assinalada, por hipótese, à concessionária de serviços de água e saneamento, tem indiscutíveis repercussões sobre o universo de usuários dos serviços. Outras hipóteses de repercussão junto aos usuários podem ainda se apresentar: recuperação de equilíbrio econômico-financeiro de contrato à conta de renegociação de metas de realização de investimentos; fixação de tarifas sociais em favor de um determinado universo de usuários à conta de revisão de tarifa⁸; modificação em cláusulas atinentes à execução dos serviços (instalações físicas, por exemplo, dos locais de sua prestação) ao argumento de inexistência de prejuízo à formulação original, etc., etc., etc. Em todas essas hipóteses, evidente o interesse reflexo da comunidade de usuários, o que por si justificaria sua intervenção.

O tema ainda da necessária absorção dessa especial processualidade já foi objeto, igualmente, da sempre judiciosa advertência de SUNDFELD (2000:38), sendo indispensável o recurso à literalidade:

*Alguns reguladores também não se têm mostrado sensíveis à idéia de processo administrativo. Explico-a em poucas frases. As agências, especialmente quando punem as empresas reguladas e resolvem disputas entre elas, são obrigadas a realizar processos, cuja estrutura básica é em alguma medida inspirada na dos processos judiciais. Para que isso? Para garantir direitos como os de defesa, de ciência dos motivos das decisões e de impugnação, de ser tratado com igualdade frente à parte contrária, etc. Ademais, o exercício do poder normativo tem como contrapartida o dever de só editar normas após a realização de uma ampla consulta pública (isto é, um procedimento normativo, o **rulemaking process** da experiência norte-americana). Mas esses reguladores ainda não incorporaram totalmente a cultura processual, ao menos no que ela tem de positivo.*

Pois bem. Assentado o reconhecimento de um direito subjetivo público do usuário à participação no processo regulatório, teremos por consequência a imperiosidade de construção de um mecanismo a ser aplicado por parte das agências reguladoras, que permita o conhecimento de que o processo administrativo foi inaugurado, e está em curso⁹. Isso porque, também do reconhecimento da existência desse direito subjetivo

8 Registre-se, por honestidade intelectual, o entendimento já externado por JUSTEN FILHO (em seu **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 164) no sentido de que tarifa social não pode ser custeada, seja pelo concessionário, em prejuízo à equação econômico-financeira de seu contrato; seja pelos usuários; incumbindo seu custeio ao poder público concedente.

9 Decerto, para que se atenda na substância ao direito subjetivo público que se vem de reconhecer, não será suficiente a publicação, por exemplo, de despacho da autoridade competente determinando-se “*autue-se*”, ou providência de mesmo teor. É de se empreender, em verdade, a devida divulgação do teor da *quaestio* suscitada no processo administrativo, para que se possa efetivamente provocar a interveniência por parte dos usuários interessados.

público decorrerá a conclusão de que a sua inobservância viciará o processo administrativo regulatório... Essa tarefa, todavia, conduzirá a outra questão, relevante, e de difícil enfrentamento, a saber: a quem é de se reconhecer legitimidade para representar os interesses dos usuários, ou dos usuários titulares de direito subjetivo público em relação àquela específica demanda administrativa?

4. LEGITIMAÇÃO PARA A DEFESA DOS INTERESSES DOS USUÁRIOS – O TEMA DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Alcança-se agora, possivelmente, o mais sensível tema em toda a construção até o momento empreendida. Isso porque reconhecer o direito subjetivo público impõe a identificação de quem seja seus titulares – e isso já se fez, a titularidade está concentrada nos usuários – e de quem os possa representar. Nisso, já se adentra em terreno mais pantanoso.

A veiculação dos interesses de usuários – essa é a sinalização da própria Lei 8.987/95, e mais ainda, o que indicam as regras de experiência – se dá por intermédio, normalmente, de associações dos mais variados matizes, entidades essas a quem a Constituição Federal, expressamente, reconhece a legitimidade para representação de seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5.º, XXI, da Constituição Federal)¹⁰. Não resta dúvida, portanto, que uma associação – em existindo – pode em princípio representar os interesses dos usuários dos serviços públicos. Disso decorrerá uma nova indagação: qual associação, na hipótese de várias existirem ou concorrerem? Afinal, a pluralidade de associações é possível – ou talvez se possa mesmo dizer, previsível – não sendo dado ao poder público interferir no seu funcionamento (art. 5.º, XVIII, da Constituição Federal). Disso decorrerá que não se poderá, na garantia da participação do usuário no processo administrativo regulatório, prestigiar a uma associação em detrimento de outra, vez que tal conduta se poderia ter por violadora da garantia constitucional da livre associação, nas suas múltiplas facetas.

Outro aspecto – não fosse o risco de violação a garantia constitucional – mais moderno, e que igualmente se põe em relação ao tema, diz respeito à adequação da representação, característica já assentada como imprescindível ao uso de ações coletivas no direito norte-americano por intermédio do *Federal Rules of Civil Procedure – Rule 23, "a", (4)*¹¹. O requisito contido na legislação alienígena cogita da apuração em

10 Não se cogita aqui da cláusula constitucional que alude à autorização expressa para a representação por intermédio das associações, uma vez que ela se reporta à representação individual, que não constitui o móvel principal das presentes reflexões.

11 *Rule 23. Class Actions*

(a) Prerequisites to a Class Action.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

concreto da habilitação – nos sentidos técnico, financeiro, finalístico e outros mais que se possam pôr como relevantes na hipótese – daquela entidade que se apresenta como representante da classe a ser alcançada pelos efeitos da deliberação (no caso, deliberação judicial decorrente da ação coletiva).

Observe-se que a idéia de representação adequada – embora, por certo, não reste consagrada no sistema processual brasileiro como condição à legitimidade já extraordinária reconhecida para a propositura das ações coletivas – traz em si uma importante garantia contra o uso inadequado de associações e congêneres como instrumentos de legitimidade de uma decisão que, a rigor, não venha a atender como seria de se desejar, ao interesse daquela coletividade supostamente representar. Se a cogitação é relevante na seara das ações coletivas pela necessidade de proteção contra o risco de formação de coisa julgada sem que os interesses da coletividade envolvida no tema tenham sido efetivamente defendidos; nem por isso será menos relevante no terreno das decisões administrativas, em especial, aquelas relacionadas aos processos regulatórios. Isso porque um processo regulatório, como já se indicou, pode resultar numa revisão de tarifa que se revele insuportavelmente onerosa aos usuários dos serviços, ou um sem número de outros inconvenientes.

Decerto, quando isso se diz, não se está cogitando do terreno do patológico – afinal, se a decisão se dá no âmbito de uma agência reguladora independente, salvo a lamentável verificação da captura, será uma decisão antecedida das cautelas de técnica e de direito desejáveis. Todavia, não se pode desconhecer que, em matéria de serviços públicos, as variáveis de desdobramentos que se podem apresentar são sempre múltiplas, e não hão de estar, sempre, necessariamente, no âmbito da cogitação da agência.

O risco, portanto, da representação inadequada existe, e há de ser considerado pelo agente regulador, seja por ocasião da abertura do processo administrativo regulatório, seja ao longo de seu desenvolvimento. E como preveni-lo?

Por ocasião da inauguração do processo administrativo regulatório, seja a preservação do direito subjetivo público de participação, seja a busca da representação adequada, hão de ser tuteladas por intermédio da máxima divulgação de qual seja o tema submetido à composição pela agência reguladora, indicando – se já antevistos – desdobramentos em outras áreas de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo que se possam verificar. Assim, por hipótese, se existe um requerimento de recuperação de equilíbrio econômico-financeiro articulado por concessionária de serviços de águas e saneamento, onde a proposta da empresa é de refixação de calendário de obras de novas estações de tratamento do esgoto coletado, é de se informar *ab initio* que existem aspectos ambientais igualmente envolvidos na análise que se irá empreender. É certo que dessa divulgação intensa pode não resultar a intervenção de qualquer entidade ou associação – e isso não trará ao processo administrativo em causa qualquer prejuízo, que não a perda de eventual elemento enriquecedor de sua instrução. Afinal, o que se pode exigir da Administração é a oferta à participação, não havendo como se compelir qualquer entidade ou coletividade a intervir no processo.

É de se incluir dentre os destinatários da ampla divulgação a que se vem de referir, sem sombra de dúvida, o Ministério Público. E isso se afirma à vista da competência que a Carta Constitucional lhe assegura (art. 127) de defesa dos interesses sociais, e daquela que lhe é assinalada no art. 25, IV – promoção de inquérito e ação civil pública para a defesa de interesses difusos, coletivos, e individuais indisponíveis e homogêneos – e 27, II e III – defesa de direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual para garantir-lhe o respeito pelos órgãos da Administração e pelos concessionários e permissionários de serviços públicos – todos da Lei Orgânica do Ministério Público.

Dir-se-á: mas os dispositivos legais acima referidos não determinam a obrigatória intervenção do Ministério Público. Decerto. Mas também aqui há de ter aplicação a idéia segundo a qual o direito à participação se tem assegurado por intermédio de sua oferta..

Pois bem. E se ao longo do processo administrativo regulatório se verifica uma circunstância que permita inferir representação inadequada – a entidade apresenta um alinhamento excessivo com interesses muito próprios da concessionária, pretendendo conferir legitimidade a uma determinada postulação da empresa, ou outra circunstância semelhante?

Duas ordens de consequência se pode propor para esse tipo de situação. Primeiro, por certo, se o próprio agente regulador tem razões para crer na inadequação da representação, deve fazer essa sua íntima se refletir no seu processo decisório, aprofundando a investigação em relação, por exemplo, aos dados e assertivas trazidos pela associação tida por representante inadequada.

Observe-se que no sistema norte-americano, trazido à colação como exemplo de institucionalização do requisito da representação adequada, a avaliação do atendimento a esse requisito (mandatório, como se viu na nota de rodapé n.º 11, ao reconhecimento da viabilidade do processamento de uma ação como coletiva) se dá não só por ocasião do ajuizamento, mas também ao longo de todo o processamento, sendo admissível inclusive a notificação aos representados – conhecidos como tais, evidentemente, pela Corte – para que se manifestem acerca desse particular tema, a saber, se eles estão sendo adequadamente representados¹². Naquela seara, evidentemente, a cogitação – já se disse – considera os riscos inerentes à formação de coisa julgada. A par disso, é da própria sistemática da *Rule 23* empreender a uma busca/identificação,

12 *Rule 23. Class actions.*

(d) Orders in conduct of actions.

In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (... omissis ...) (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action.

tanto quanto possível, dos membros da coletividade representada. Assim, a retificação dos vícios de representação se pode dar ao longo do processo judicial por intermédio de um diálogo direto. O mesmo, todavia, não se dará no nosso sistema. Nem por isso, parece, reste sem instrumento de correção eventual a representação inadequada verificada no curso do processo administrativo regulatório. Isso porque, como já se viu, inequivocamente se pode identificar representação – e essa, constitucionalmente qualificada – dos interesses coletivos, difusos ou individuais indisponíveis homogêneos, por intermédio do Ministério Público.

Nessas hipóteses, porém, o chamado ao Ministério Público há de se dar para essa específica finalidade – suprir, por sua participação, a representação inadequada que se apurou do interesse coletivo naquele processo. Indispensável que esse destaque se dê, para que possa o *Parquet* considerar cuidar-se de hipótese em que, mais do que inatendido, o interesse coletivo pode estar sendo prejudicado pela presença de entidade supostamente representante de um segmento social, que, todavia, estaria agindo sob influência, ou de suas próprias deficiências, ou da eficiência da concessionária. Em situações que tais, aliás, o interesse do Ministério Público em ingressar no feito pode ser duplamente qualificado: para representação dos usuários, e para a promoção das medidas cabíveis com relação à associação má representante.

5. CONCLUSÃO

O fenômeno da processualidade no Direito Administrativo – e dos reflexos que se ditariam sobre o agir da Administração a partir dessa opção – eram já objeto de cogitação por MEDAUAR (1993:28), que, cuidando do núcleo comum da idéia de processualidade, aludindo à sua pertinência ao exercício do poder, assim se manifestava:

O poder, em essência, consiste, dada uma relação entre pessoas, no predomínio da vontade de uma sobre as demais; numa relação entre órgãos, no predomínio de uns sobre outros. O exercício do poder, num Estado de direito que reconhece e garante direitos fundamentais, não é absoluto; canaliza-se a um fim, implica deveres, ônus, sujeições, transmuta-se em função, o que leva o ordenamento a determinar o filtro da processualidade em várias atuações revestidas de poder.

A processualidade, então, vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal. A seiva do tronco comum da processualidade é o poder, que permeia todos os ramos; onde inexistente poder, inexistente utilidade metodológica de uma concepção de processualidade ampla.

Indiscutível que, em sede de regulação, se exerce poder – e poder qualificado, para ser exercido sob o signo da discricionariedade técnica, tudo em favor do melhor atendimento ao interesse público. O terreno é fértil portanto para a processualidade, aquela traçada pelo constituinte, que homenageia aos direitos de participação, de defesa, de devido processo legal.

Sem poder – sustentava MEDAUAR – não há utilidade metodológica para a concepção de processualidade. De outro lado, havendo poder sem a garantia da processualidade no perfil constitucionalmente traçado àquela atividade específica, o que se terá será somente sua manifestação patológica: o desvio.