

A LEGITIMIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS¹

SERGIO ANDRÉ R. G. DA SILVA*

1. Introdução; 2. A delegação de competências executivas; 3. Processo de nomeação dos dirigentes das agências; 4. A delegação de competências normativas; 5. A procedimentalização do atuar do Estado e suas finalidades; 6. Procedimentalização do agir das agências reguladoras como instrumento de legitimação; 7. Conclusão.

1. Introdução

Desde a “fundação” do Estado contemporâneo, cujos marcos históricos inaugurais são as Revoluções Gloriosa e Francesa, a participação do Poder Público nas relações econômicas mudou do abstencionismo, característico do modelo estatal liberal, ao intervencionismo, sendo este realizado em graus distintos ao longo dos séculos passado e corrente.

Entre o final do século XVIII e o início do século XX, principalmente a partir da Revolução Francesa, desenvolveu-se o modelo econômico liberal-individualista, o qual pretendeu garantir a predominância da classe econômica burguesa sobre as demais, assim como a sua defesa contra qualquer atuação limitadora-interventiva do Estado.

Por tal razão, o direito fundamental, sustentáculo desse modelo econômico, era o direito à liberdade, o qual se afigurava como um direito praticamente absoluto, oponível a qualquer intervenção estatal considerada indevida.²

1 Trabalho apresentado ao Professor Marcos Juruena Villela Souto como requisito para aprovação na matéria Direito Administrativo da Economia, no programa de Pós-graduação (Mestrado), da Universidade Gama Filho.

* Professor de Direito Tributário da UCAM. Mestre em Direito pela UGF.

2 Trazendo à colação o entendimento de Paulo Bonavides, “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da

Em perfeita síntese, Norberto Bobbio esclarece que “como teoria econômica, o liberalismo é partidário da economia de mercado: como teoria política é simpatizante do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo”.³

Com o passar dos anos, o individualismo exacerbado e as condições em que a classe dominante burguesa exercia seu domínio sobre a classe trabalhadora levaram à crise do sistema político-econômico liberal, com a conseqüente necessidade da intervenção do Estado no âmbito das relações de Direito Privado.⁴

Surge então o chamado Estado de Bem-Estar Social, o qual se caracteriza pela intervenção estatal nas relações privadas e no exercício de direitos individuais, assim como por uma atividade paternalista do Estado em relação às classes menos favorecidas, a qual se evidencia pelo desenvolvimento das prestações de previdência e seguridade sociais.⁵

No curso da segunda metade do século XX, o Estado de Bem-Estar Social entrou em crise. O assistencialismo social e a ineficiência desse modelo foram indicados como responsáveis pelo crescimento da dívida pública e do déficit orçamentário.⁶

liberdade”. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40).

3 BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Tradução José F. Fernandez Santillan. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 89.

4 Conforme salienta Ricardo Lobo Torres: “A crise do Estado Liberal transparecia do fato de que não conseguia atender às reivindicações sociais, especialmente da classe trabalhadora, nem garantir o pleno funcionamento do mercado. Os ingressos fiscais eram insuficientes para promover o desenvolvimento econômico”. (TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 10). Caio Tácito apresenta três causas fundamentais que teriam levado à crise do Estado liberal, quais sejam: a) “o reconhecimento de que determinadas atividades econômicas estão imbuídas, por sua natureza, de um interesse coletivo, afetando, praticamente, em sua exploração, a generalidade do grupo social”; b) “de outra parte, a exploração capitalista de atividades privadas e a competição predatória entre grupos se extrema em abusos lesivos a interesses indefesos e sem a representação eficaz, sensibilizando a opinião pública e inspirando o legislador, o juiz e o administrador na proteção ao economicamente fraco. O aviltamento da mão-de-obra lança as sementes da proteção ao trabalhador e da representação sindical. A política de preços espoliativos, as manipulações da produção e do comércio, as concentrações de capital visando lucros imoderados ou monopólios de mercado, contrastam com os interesses do público consumidor, conduzindo ao regime de controle de tarifas e preços, à defesa da economia popular e às medidas contra as concentrações de capital”; e c) “finalmente, a expansão dos grupos capitalistas entra em conflito direto com os próprios órgãos do poder político, sobre os quais atua, cuidando de aperfeiçoá-los aos seus interesses econômicos (o poder dentro do poder)”. (TÁCITO, Caio. *Do Estado Liberal ao Estado de Bem-estar Social*. In: *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 378).

5 Cf. TORRES, Ricardo Lobo, *O Orçamento na Constituição*, 1995, p. 11.

6 Segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 21).

dando início à sua contestação e à pregação pelo retorno de um Estado Liberal não-intervencionista.

Crítico do Estado de Bem-Estar, Friedrich August Hayek salienta que a crise da seguridade social encontra-se vinculada à tentativa de, por intermédio desta, se efetuar uma redistribuição de riquezas, isso a partir de um indevido controle estatal do mercado.⁷

Todavia, é necessário acrescentar que o declínio do Estado Social, e o surgimento de defensores de um modelo estatal neoliberal, não implicaram no desaparecimento do primeiro.

De fato, como assevera Ricardo Lobo Torres, “o modelo do Estado Social não desaparece totalmente. Passa por modificações importantes, com a diminuição do seu tamanho e a restrição ao seu intervencionismo. Deixa-se influenciar pelas idéias do liberalismo social, que não se confundem com as do neoliberalismo ou do protoliberalismo nem, por outro lado, com as da social democracia”.⁸

Feita essa breve digressão histórica, nota-se que a intervenção estatal nas relações privadas e, mais especificamente, nas relações econômicas, variou da pregação por um Estado mínimo (a qual, como visto, há algum tempo voltou a ocupar espaço de destaque no ideário político-econômico ocidental) até a prevalência de um Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e paternalista, sendo oportuno observar que, hodiernamente, nenhuma dessas estruturas extremadas prevalece, havendo um Estado, em tese, presente e participativo nas relações sócio-econômicas, mas não centralizador das iniciativas econômicas e limitador dos direitos e interesses privados.⁹

Assim, é importante ter em mente que no curso do século XX, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, independentemente da variação de grau do intervencionismo estatal no âmbito deste último, o Estado assumiu a realização de diversas atividades que antes se encontravam na esfera de atribuições dos indivíduos, tendência esta que pode ser verificada, de forma acentuada, a partir de três aconte-

7 Cf. HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. The University of Chicago Press: Chicago, 1992. p. 302 e 303.

8 *O Orçamento na Constituição*, 1995, p. 15.

9 Caio Tácito alerta para os riscos de um Estado centralizador e limitador dos esforços privados, o qual levaria, paulatinamente, ao retorno do ideário liberal: “Já agora, no cenário dos direitos humanos, desponta a reação contra o risco da presença esmagadora do Estado. A título de servir ao homem e à coletividade, o Estado ameaça tornar-se opressivo, substituindo a personalidade pela uniformidade. No painel da liberdade acendem-se as luzes de advertência do perigo do autoritarismo emergente. Ao abuso do direito individual ou aos malefícios da concentração econômica, que a lei habilita o Estado a prevenir ou reprimir, sucede-se o abuso da burocracia, perante a qual ficam desarmados tanto as pessoas como os próprios setores da sociedade. [...]”

Assistimos a um progressivo retorno aos fundamentos do liberalismo, sem prejuízo das conquistas da justiça social. Há um sensível espírito de desmassificação da sociedade, uma revolta contra as hierarquias e as burocracias dominantes, a reativação da empresa média dotada de alta dose de sofisticação tecnológica (de que o Vale do Silicóne, nos EUA, é um exemplo expressivo e bem-sucedido). [...]” (TÁCITO, Caio. *Poder de Polícia e Polícia do Poder*. In: *Temas de Direito Público*: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 553).

cimentos específicos, quais sejam as duas Guerras Mundiais e a Grande Depressão que as medeou.

Por outro lado, a alteração no que tange à participação do Estado na vida social trouxe consigo uma modificação na função estatal preponderante em cada época histórica.

Com efeito, tendo em vista que o Estado Liberal tinha por finalidade a estabilização e manutenção da classe burguesa no poder, a função estatal prevalecente nesse período foi a legislativa, transformando-se o Parlamento no senhor das regras imponíveis à sociedade, principalmente nas situações em que se fazia possível a intervenção estatal na esfera privada.

A “deificação” da função legislativa tinha como propósito evitar os abusos e desmandos cometidos por aqueles que exerciam a função executiva àquela época, ou seja, os monarcas absolutos.¹⁰

O declínio do Estado Liberal e o conseqüente crescimento das atribuições estatais modificaram o quadro acima descrito, uma vez que a dinâmica das novas atividades do Estado dependia de uma maior celeridade do agir administrativo, o qual não poderia se ver emperrado pela dependência de deliberações do Parlamento.¹¹

Outro aspecto que justifica o declínio da supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo consiste no fato de que, atualmente, também aqueles que chefiam o órgão de cúpula que exerce esta função estatal são eleitos pelo povo, assim como acontece com os membros do Legislativo.¹²

10 Cf. BONAVIDES, Paulo. *O Poder Legislativo no Moderno Estado Social*. In: *As Tendências Atuais do Direito Público*: Estudos em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 29.

11 Sobre o declínio da função legislativa ver: AMARAL, Roberto. Apontamentos para a Reforma Política: A democracia representativa está morta — viva a democracia participativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 151, jul.-dez. 2001. p. 29-65.

12 A professora da Universidade de São Paulo, Odete Medauar, esclarece que “com o advento do executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de se opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países da atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional de poder legislativo, como é o caso das medidas provisórias”. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 26). Corrobora esse entendimento o magistério de Pontes de Miranda: “Nas Constituições da Europa, após a primeira guerra mundial, procurou-se reforçar o Poder Executivo como solução nova às relações entre tal Poder e o Legislativo. Democrático, também, hoje, o Executivo, não se trata de *regressão*, mas de *reajustamento*. Rigorosamente, se o povo elegesse um homem para redigir uma lei, seria o mesmo que eleger 20, 200, 2.000: a legislação seria igualmente democrática. Ora, a experiência mostrou que as assembléias se tornaram corpos autônomos, desligados do povo, de modo que a personalidade de um homem não seria separação maior entre a *vontade geral* e a lei do que a entidade transindividual e transpopular das assembléias”. (MIRANDA, Pontes de. *Independência e Harmonia dos Poderes*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 20, abr.-jun. 1972. p. 9).

A todos os aspectos antes mencionados, soma-se, na experiência republicana brasileira, o caráter autocrático do Poder Executivo, que só recentemente conheceu de forma contínua os imperativos da democracia, dos quais é clara demonstração a recente transição de poder que todos testemunhamos com as eleições de 2002. Como aduzido por Sergio Victor Tamer, em estudo sobre a hipertrofia do Poder Executivo Brasileiro, “uma breve leitura interpretativa da nossa história republicana poderá nos levar a entender melhor essa hipertrofia, na qual se destacam quatro relevantes questões: a) os vícios do sistema eleitoral; b) o exercício de um presidencialismo imperial; c) o papel do exército como ‘poder moderador’; d) o abuso do poder de legislar, via medidas provisórias”.¹³

Diante das razões anteriormente aduzidas, nota-se que, hodiernamente, vive-se um período em que são muitas e variadas as atribuições estatais, acumulando o Estado-Administração as funções de prestação de serviços, planejamento, regulação e fomento das atividades econômicas, podendo, ainda, em determinadas situações e sob certas condições, emitir normas de conduta, regendo a vida em sociedade.

Nada obstante, a referida concentração de funções no Poder Executivo trouxe consigo a ineficiência da intervenção estatal na economia e o *déficit* orçamentário, os quais demandaram uma alteração estrutural do Estado. No dizer de Alexandre Santos de Aragão, “a partir principalmente do Segundo Pós-Guerra, o Estado, diante de uma sociedade complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impõe a adoção de mecanismos mais ágeis e tecnicamente especializados”.¹⁴

Tal mudança dos paradigmas da gerência estatal chegou tardiamente ao Brasil, encontrando-se constitucionalmente viabilizada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas sendo efetivamente implementada ao longo da década de 90.

Essa reforma do Estado brasileiro, e conseqüente alteração do âmbito de intervenção estatal no domínio econômico, passou: (1) pela extinção das restrições ao capital estrangeiro, empreendida pela edição das Emendas Constitucionais nºs 5 e 7; (2) pela flexibilização dos monopólios estatais, levada a efeito com a promulgação das Emendas Constitucionais nºs 5, 8 e 9; e (3) pela privatização, a qual foi implementada sem a alteração do texto constitucional.¹⁵

Trazendo à colação o magistério de Sebastião Botto de Barros Tojal, “a reforma do Estado, que compreende o ajuste fiscal, o abandono da estratégia protecionista de substituição das importações e o programa de privatizações das empresas estatais – iniciado com o Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90) —, consolida

13 TAMER, Sergio Victor. *Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 168 e 169.

14 ARAGÃO, Alexandre Santos. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 148, out.-dez. 2000, p. 276.

15 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 113.

a idéia de que a transferência da produção para o setor privado torna-a mais eficiente. Pretende-se que o Estado reduza o seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e provedor ou promotor destes".¹⁶

A redefinição do papel do Estado, com a transferência para os agentes privados de atividades antes executadas pelo Poder Público, não alterou, no entanto, a natureza das mesmas, mantendo-se estas vinculadas aos interesses públicos, razão pela qual, nas palavras de Luís Roberto Barroso, a privatização trouxe "drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias".¹⁷

Como destaca Marcos Juruena Villela Souto, "o que se propõe, em obediência ao princípio da subsidiariedade, é que o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público (serviços públicos universais), ambas sob regulação estatal".¹⁸

É nesse contexto que se desenvolve, no Direito brasileiro, o debate quanto às *agências reguladoras*, entes especializados criados pelo Estado para a consecução das mencionadas tarefas de planejamento, regulação e fiscalização de atividades econômicas específicas¹⁹, cuja realização foi transferida para a iniciativa privada.

Como destaca a doutrina, uma das características fundamentais dessas agências reguladoras repousa em sua independência em relação ao Poder Executivo, de forma a garantir que suas decisões serão fundamentalmente técnicas e não políticas.²⁰

Por outro lado, questão que se encontra vinculada à atuação independente das agências é referente à atribuição às mesmas de competências normativas em razão das quais seus atos incidem, diretamente, sobre relações jurídicas que envolvem a participação de agentes privados.

16 TOJAL, Sebastião de Barros. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 154.

17 Apontamentos sobre as Agências Reguladoras, 2002, p. 116 e 117. Ver, ainda: DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: As Ações do Estado na Produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 89 e 90.

18 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 32 e 33.

19 Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 259.

20 Cf. MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado: O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras*. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 139; BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. 2002. p. 121; FONSECA, João Bosco Leopoldino da, op. cit., p. 260; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165 e 166.

Para o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “esta *competência normativa* atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a *escolha técnica*, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as *escolhas abstratas político-administrativas*, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas *escolhas administrativas discricionárias concretas e abstratas*, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta”.²¹

Todavia, a atribuição de tais competências às agências levanta sérias discussões quanto à sua legitimidade, diante do princípio da separação de poderes insculpido em nossa Lei Maior.

Fundamentando-nos, uma vez mais, no magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “relativamente à questão que se segue, da *legitimidade dos órgãos reguladores*, costuma-se criticar o fato de que estão sendo criadas entidades *sui generis* que exercerão uma variedade de *poder normativo* estatal, ínsito no conceito de *regulação*, sem a *investidura política democrática* que a tanto as intitule”.²²

Ante ao exposto, o objeto do presente estudo consiste na análise dos instrumentos que podem viabilizar uma atuação democrática por parte dos entes reguladores, de forma a se superar os seus *déficits* originários de legitimidade. Tais instrumentos consistem, basicamente:

- (a) na *delegação de competências executivas* para as agências;
- (b) na instituição de um *processo democrático de nomeação do (s) indivíduo (s) que compõe (m) o órgão de cúpula* das agências reguladoras;
- (c) na *delegação de competências legislativas* para os entes reguladores para disporem normativamente acerca das matérias afetas ao seu campo de atribuições; e
- (d) na *procedimentalização* das atividades das agências.

Passa-se, então, à análise de cada um desses instrumentos de legitimação da atuação das agências reguladoras, sendo imprescindível afirmar, desde já, que sua atuação democrática depende da *concorrência* de todos esses requisitos.

2. A delegação de competências executivas

Como foi salientado anteriormente, uma das características principais das agências reguladoras consiste na independência técnica às mesmas atribuída para tomar

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza Jurídica, Competência Normativa, Limites de Atuação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, jan.-mar. 1999, p. 74 e 75.

22 *Direito Regulatório*, 2003, p. 153. No mesmo sentido: GELLHORN, Ernest e LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*. St. Paul: West Publishing Co., 1997. p. 10.

decisões diante das situações concretas, sem a interferência hierárquica de órgãos da Administração Direta.

Em outras palavras, as agências exercem de maneira independente (autônoma) parcela da competência do Poder Executivo, a qual, antes de sua criação, estava incorporada à Administração Direta.

Nessa esteira de raciocínio, para que os entes reguladores possam legitimamente exercer sua atividade normativa é imperioso, antes de mais nada, que lhes tenham sido delegadas competências executivas para a consecução de suas tarefas.

Para a realização de tal delegação executiva é imperioso que a lei de criação das agências reguladoras seja de iniciativa do Presidente da República, uma vez que não poderia o Poder Legislativo decidir pela separação de atividades exercidas pela Administração Direta, o que violaria o princípio da separação dos poderes.

Diante do exposto, tendo em vista que as agências são delegatárias de parcela da competência executiva, sua criação ou extinção deve ser de iniciativa do Poder Executivo, sendo imperiosa também a participação do Chefe do Poder Executivo na indicação de seus dirigentes, como será analisado a seguir.

3. Processo de nomeação dos dirigentes das agências

A legitimação democrática da atuação das agências reguladoras passa pelo processo de indicação e aprovação de seus dirigentes, já que estes exercerão competências delegadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse aspecto, é exemplar o processo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, ao menos no âmbito federal, que, como regra, prevê que a indicação dos diretores das agências será feita pelo Presidente da República, mas sua nomeação dependerá da chancela do Senado Federal.

Essa é a regra prevista no art. 5º da Lei nº 9.986/2000, que estabelece que “o Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos que serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal”.

Tanto a iniciativa do Executivo para a criação da agência como o processo de nomeação de seus dirigentes prestam-se à legitimação das competências executivas pela mesma exercidas. Todavia, tais mecanismos não legitimam as competências normativas atribuídas aos entes reguladores.

4. A delegação de competências normativas

Segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro, há delegação legislativa quando da “transferência da função normativa atribuída originária e constitucionalmente ao

Poder Legislativo a órgãos ou agentes especializados do próprio Legislativo ou integrantes dos demais Poderes do Estado”.²³

Assim sendo, a legitimidade dos comandos editados pelas agências reguladoras encontra fundamento na atribuição de sua competência normativa por intermédio de delegação do Poder Legislativo, sendo certo, por outro lado, que a validade da delegação repousa nos seguintes requisitos: (1) sua previsão no ordenamento jurídico ou, ao menos, a sua não vedação; (2) a existência de ato específico que, de forma expressa, concretize a delegação; (3) determinação, por parte do Poder delegante, dos limites de atuação do ente delegatário; (4) revogabilidade e indelegabilidade dos poderes delegados; (5) preservação de igual competência pelo Poder delegante; e (6) controle dos atos emitidos pelo delegatário pelo Poder delegante e pelo Poder Judiciário.²⁴ Tais requisitos serão analisados a seguir:

a) Possibilidade jurídica da delegação legislativa

O primeiro requisito da delegação legislativa consiste em sua *possibilidade jurídica*, ou seja, em ser a mesma permitida ou ao menos não expressamente vedada pela Constituição Federal.

Sob a égide da vigente Carta Política é possível dizer que há vedação expressa à delegação de competência legislativa para o estabelecimento e alteração de regras impositivas tributárias (salvo aquelas expressamente previstas na própria Constituição, referentes aos Impostos de Importação e Exportação, ao Imposto sobre Produtos Industrializados e ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários), em qualquer de seus aspectos, bem como para a previsão de tipos penais e as correspondentes sanções, sendo possível, dessa forma, como regra geral, a delegação de competências legislativas, desde que atendidos os demais requisitos a serem analisados a seguir.

b) Previsão de limites ao exercício da competência delegada em ato delegatário específico

A delegação de competências normativas deve ser estabelecida por ato específico, emanado do Poder delegante, o qual estabelecerá os limites em que será legítima a atuação do ente delegatário. Como salienta Marcos Juruena Villela Souto: “são legítimas as delegações de poder legislativo sempre que o Congresso tenha predefinido o alcance do poder que se transfere, assinalando um *standard* legislativo

23 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 81. No mesmo sentido: TOURINHO, Arx da Costa. *A delegação legislativa e sua irrelevância no Direito brasileiro atual*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 54, abr.-jun. 1977, p. 69; FORTES, Bonifácio. Delegação Legislativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 62, out.-dez. 1960, p. 353; DUARTE, Clenício da Silva. *Delegação de Competência*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 27, jan.-mar. 1974, p. 38.

24 Cf. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *O Congresso e as Delegações Legislativas*, 1986, p. 95.

suficientemente claro e concreto, para que em todo caso a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade; e distinguem-se os *meaningful standards*, que permitem a predeterminação pela lei do poder da agência ao estabelecer princípios ou diretrizes suficientemente claros, e os *meaningless standards*, que não permitem essa limitação dos poderes administrativos”.²⁵

No caso específico das agências reguladoras a exigência da previsão dos limites de sua atuação normativa é decorrência mesmo de uma das razões de sua criação, consubstanciada na existência de um ente personalizado capacitado para adotar, em cada caso concreto, as *medidas técnicas* capazes de realizar concretamente as finalidades legais.

Nesse contexto pode-se afirmar que as agências reguladoras gozam de uma *discricionariedade técnica* para adotar as ações que melhor se prestem à consecução dos fins insculpidos nas normas legais. Uma vez que o legislador não tem como identificar antecipadamente qual a melhor solução a ser adotada nos casos concretos, delega às agências uma competência limitada para estabelecer tais regras.

Dessa forma, pode-se aduzir que a atuação das agências, como não poderia deixar de ser, trata-se de atividade *infralegal*, devendo pautar-se pelos *standards* previstos na norma delegatória, bem como nas demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Em consonância com a lição de Laurence H. Tribe, a previsão dos *standards* para a legítima atuação das agências resguarda, ainda, a possibilidade de seu controle, uma vez que será possível verificar: (1) se o seu agir está compreendido na competência que lhe foi delegada; (2) se tal competência é detida pelo Poder delegante; e (3) se a mesma está inserida no campo de competências delegáveis pelo Poder Legislativo.²⁶

c) Revogabilidade, indelegabilidade e reserva de iguais atribuições pelo Poder delegante

Tendo em vista que as agências reguladoras recebem uma competência normativa limitada é óbvio que o Poder delegatário (o Poder Legislativo) permanece com a competência plena para editar regras acerca das matérias afetas à esfera de competência das agências, podendo, a qualquer momento, excluir sua competência normativa. Esse aspecto é ressaltado por Juan Carlos Cassagne, para quem “a delegação, como o tem dito a Corte Suprema em sua tradicional jurisprudência (caso ‘Delfino’), não pode implicar a transferência total da potestade legislativa o que afetaria, obviamente, o princípio constitucional da separação de poderes”.²⁷

25 *Direito Administrativo Regulatório*, 2002. p. 50.

26 TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2nd. ed. New York: The Foundation Press, 1988. p. 364. No mesmo sentido, negando a legitimidade de delegações abertas de competências legislativas. ver: PIERCE JR., Richard J., SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. *Administrative Law and Process*. 3rd. ed. New York: The Foundation Press, 1999. p. 36.

27 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. t. I. p. 381.

Em outra assentada, tendo em vista que o ente regulador exerce uma competência normativa alheia, não pode o mesmo transferi-la para outrem, sendo indelegável a competência adquirida por intermédio de delegação legislativa.

d) Possibilidade de controle

Por fim, a legitimidade da delegação legislativa depende da existência de mecanismos para o controle da atividade delegada.

Tal controle pode e deve ser exercido pelo Poder delegante que, se entender que os atos praticados pelo ente delegatário não estão atingindo as finalidades legais pretendidas pode, simplesmente, retirar-lhe tais prerrogativas ou editar atos contrários aos expedidos pelo agente regulador: assim como pelos órgãos do Poder Judiciário, mediante a iniciativa da parte interessada (a Administração Direta ou o Administrado).

O controle exercido pelo Poder delegatário engloba aspectos de legalidade e mérito dos atos normativos editados pelas agências reguladoras (caso em que é possível que haja a interferência de interesses políticos sobre sua atuação técnica); enquanto que o controle judicial volta-se principalmente à análise da legalidade de tais atos, sendo o controle de mérito limitado ao exame quanto ao respeito ao *princípio da proporcionalidade (devido processo legal substantivo)*, não podendo o Judiciário questionar os parâmetros eminentemente técnicos adotados pelas agências, mas apenas sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Questão interessante referente ao controle jurisdicional dos atos normativos emanados das agências reguladoras consiste na legitimidade processual do Chefe do Poder Executivo de cada ente federado para questionar, judicialmente, a legalidade e proporcionalidade dos atos das respectivas agências reguladoras, mesmo quando praticados ao cabo de processo administrativo.

Com efeito, ao se proceder à análise da doutrina pátria acerca da matéria em questão percebe-se a existência de um entendimento majoritário no sentido de que a Administração Pública não poderia questionar, perante o Poder Judiciário, decisões proferidas no âmbito de processos administrativos. Tal impossibilidade seria uma decorrência da mal denominada *coisa julgada administrativa*, a qual pode ser definida como a imutabilidade, para a Administração Pública, do comando da decisão proferida no âmbito de um processo administrativo, contra a qual não caibam mais recursos.²⁸

Em princípio, faleceria mesmo interesse processual ao ente público para questionar judicialmente decisão proferida no âmbito de processo administrativo, uma vez que não se pode vislumbrar, neste caso, qualquer pretensão sua que tenha sido objeto de resistência por parte do administrado. Do contrário, foi a própria Administração que decidiu não haver dever jurídico do administrado para com ela.

28 Cf. FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. p. 69.

Nessa linha de convicções, poder-se-ia sustentar que a Administração Direta não poderia questionar judicialmente os atos praticados pelas agências reguladoras, entre os quais aqueles decorrentes de processo administrativo.

Esse entendimento, no entanto, não se encontra em conformidade com a natureza das agências reguladoras, as quais constituem pessoas jurídicas de Direito Público que, como visto, *tomam suas decisões de forma técnica e "independente"*, de modo que não raro tais decisões podem contrariar interesses da chefia do Poder Executivo respectivo.

Ora, a razão para que se negue à Administração Pública o direito de recorrer ao judiciário para a anulação dos atos de seus órgãos e agentes consiste: (a) em relação aos atos administrativos em geral a falta de necessidade da tutela jurisdicional (e assim a falta de interesse processual), vez que, como previsto no art. 53 da Lei nº 9.784/99, a Administração tem plena competência para anular seus próprios atos; e (b) em relação aos atos decisórios praticados ao cabo de processos administrativos a *preclusão lógica* do direito da Administração de se manifestar de forma diversa, consubstanciada na aludida *coisa julgada administrativa*.

Tendo em vista essas premissas é de se reconhecer ao Chefe do Executivo o direito de questionar judicialmente os atos editados pelas agências reguladoras, uma vez que: (a) ele não possui atribuição para simplesmente anular os atos praticados pelos referidos entes, autônomos e independentes da Administração Direta, sobre os quais não exerce poder hierárquico²⁹; e (b) as decisões proferidas pelas agências reguladoras em processos administrativos refletem o seu entendimento quanto à matéria e não, necessariamente, o entendimento da Administração Pública Direta.

Esse posicionamento é corroborado pelo magistério de Aurélio Pitanga Seixas Filho³⁰ e Carlos da Rocha Guimarães³¹, que evidenciam que, não tendo sido o ato praticado pela Administração Direta, e não sendo possível a sua modificação pelo exercício do poder hierárquico, impõe-se reconhecer a legitimidade para se pleitear sua anulação perante o Poder Judiciário.

É de se assinalar, contudo, que o fundamento de eventual questionamento judicial levado a efeito pelo Chefe do Poder Executivo também deverá fulcrar-se em questões de legalidade ou violação ao princípio da proporcionalidade, sob pena

29 Como destaca Marcos Juruena Villela Souto, "não deve caber controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, admitindo-se que a decisão da agência reguladora possa ser revista ou modificada por um agente político (como um Ministro ou Secretário de Estado, por exemplo). Isso retiraria toda a independência da entidade e a segurança dos investidores, que ficariam, assim, sujeitos a critérios políticos (e, porque não dizer, demagógicos) de julgamento". (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 216, abr.-jun. 1999, p. 148).

30 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Lançamento Tributário Definitivo -- Sua Imutabilidade -- Coisa Julgada Administrativa em Matéria Fiscal*. In: Estudos de Procedimento Administrativo Fiscal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 113.

31 GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *O Processo Fiscal*. In: Problemas de Direito Tributário. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1962. p. 113

de se encontrar fora dos lindes da competência do Poder Judiciário para o controle do atuar das agências reguladoras.

4.1. Síntese conclusiva

Feitos esses esclarecimentos acerca do instituto da delegação legislativa, pode-se concluir que a democratização das ações normativas empreendidas pelas agências reguladoras passa pelo atendimento aos requisitos analisados acima, com a transferência de competências legislativas do Poder Legislativo para as agências.

Entretanto, se a delegação executiva, a nomeação democrática dos dirigentes das agências reguladoras e, principalmente, a existência de um ato de delegação legislativa que reflita os referidos requisitos confere *legitimidade abstrata* às agências para editarem determinadas normas de conduta, tais requisitos, no entanto, não são bastantes para que se vejam atendidos os imperativos democráticos de um Estado de Direito.

De acordo com a corrente lição acerca da democracia, no âmbito de um Estado que se proclame democrático o Poder Estatal emana do povo, e é exercido pelo povo, em seu proveito.³² Como salientado por Hans Kelsen, “democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”.³³

Dessa forma, o exercício do poder estatal por determinadas pessoas exige que estas possuam legitimidade para tanto, sendo que tal legitimidade somente lhes pode ser deferida pelo próprio povo, destinatário da atuação do Estado.

Uma vez asseverado que em um Estado democrático o poder emana do povo, é exercido pelo povo e para o povo, nota-se que sempre que a Administração Pública vier a intervir no exercício de direitos por parte dos indivíduos a *legitimidade de tal atuação deverá emanar do próprio povo*.

Em primeiro plano, tal legitimação advém das normas jurídicas, editadas pelos representantes do povo, atribuindo competência às autoridades administrativas para praticarem determinados atos e editarem normas acerca de determinadas matérias.

Por outro lado, conforme destaca Odete Medauar “no âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo, permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”.³⁴

32 Para José Afonso da Silva “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 130).

33 KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 35.

34 MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 65.

Nota-se, portanto, que a par de uma legitimidade abstrata do exercício do poder, o Estado Democrático de Direito demanda uma *legitimação concreta* deste, a qual é alcançada por intermédio da procedimentalização de determinadas atuações estatais ou a existência de processos de controle de tais atividades, com a viabilização da participação dos administrados na produção de alguns atos a serem praticados pelas autoridades administrativas, os quais venham a interferir em sua esfera jurídica.³⁵

35 Esse viés político do processo administrativo foi salientado por Roberto Dromi, que assevera que “o procedimento administrativo em um Estado de Direito democrático – *participativo* –, tem que assegurar na ordem existencial e concreta a participação dos interessados na preparação e impugnação da vontade administrativa. Deve ser também um instrumento idôneo para se alcançar o fim comum”. (DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 45). João Carlos Simões Gonçalves Loureiro deixa evidente a insuficiência da legitimação abstrata das atividades administrativas, em passagem que, mesmo que longa, merece ser transcrita: “O acréscimo de intervenção do sistema no mundo-da-vida (*lebenswelt*), um fenômeno que Habermas denominou ‘*colonização*’, coloca sérios problemas de legitimação ao subsistema político. A velha arquitetura dos poderes, tão ciosamente construída pelo liberalismo em torno do primado do Parlamento, redutora dos restantes a tarefas de mera execução esboroa-se, face ao crescimento da autonomia e da complexidade da Administração, à incapacidade de controle parlamentar da máquina administrativa e à crescente compreensão da lei como programa-fim e não como programa-condicional.

A legitimação das decisões administrativas resultante da aplicação do programa legislativo aparece fortemente enfraquecida, perante as crescentes aberturas da normas para uma autônoma tarefa de concretização administrativa. Aliás, a própria lei já não é mais ‘*raison humaine*’ (Montesquieu) como pretendiam os teóricos das Luzes, mas essencialmente *Dezision*; ao mesmo tempo, assiste-se a uma *inflação da lei*’, ‘*motorização do legislativo*’, ou ‘*Normenflut*’. Mas, a desmistificação do princípio da legalidade não implica necessariamente, como pretende Losechak, a mudança de uma racionalidade jurídica para uma racionalidade técnico-econômica.

A densidade de controle judicial cresceu, nalguns casos desproporcionadamente, a ponto de fazer perigar a idéia da Administração como poder independente.

A Administração politiza-se crescentemente, ao assumir um papel autônomo na elaboração e na implementação das políticas públicas, ao mesmo tempo que se vê confrontada com a participação dos cidadãos no interior do próprio procedimento de formação e de tomada de decisões, envolvendo-se num complexo processo de concertação.

É nesse contexto que o procedimento, que em sentido jurídico, quer na perspectiva da Ciência da Administração ou, de uma forma mais geral, da teoria da decisão, aparece revalorizado como autônomo mecanismo de composição de interesses, de garantia democrática, com funções legitimatórias, como mecanismo de tutela dos cidadãos, como instrumento de racionalização e otimização das decisões, como operador extremamente relevante na realização dos direitos fundamentais”. (LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra Editora, 1995. p. 68 e 69). Sobre a vinculação entre a procedimentalização do agir estatal e a configuração do Estado Democrático de Direito vale a pena destacar, ainda, o magistério do professor Romeu Felipe Bacellar Filho: “A procedimentalização do agir administrativo, isto é, a fixação de regras para o modo como a administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido. ‘A ponte’ (parafraseando Sartori) torna-se de tal maneira nebulosa que a passagem, a comunicação acaba por ser um ideal ou uma ilusão.

Não discrepa desse entendimento o magistério do jurista português David Duarte:

A intervenção dos particulares no processo de formação da decisão, orientada no sentido da influência e do condicionamento desse processo, basta, por si só, para propiciar a revisão dos meios de legitimação administrativa e para reequacionar o problema da falta de legitimidade própria da administração pública. A menos intensa recondutabilidade ao povo que se verifica na Administração pública em contraposição ao poder político propicia que o problema da legitimidade tenha sido transferido da titularidade para o exercício e que seja ao nível da legalidade que se encontra o suporte de legitimidade da função administrativa.³⁶

Nesse contexto, passa-se à análise das questões relacionadas à aludida *procedimentalização* do atuar estatal, tendo em vista, principalmente, sua utilização como instrumento de legitimação do agir das agências reguladoras.

5. A procedimentalização do atuar do Estado e suas finalidades

Odete Medauar, em seu estudo sobre a processualidade no Direito Administrativo, elenca diversas finalidades que seriam inerentes à procedimentalização da atuação estatal.³⁷

Das finalidades/funções referidas pela citada jurista, podem ser destacadas as seguintes: (a) legitimação da atividade administrativa; (b) garantia dos direitos dos administrados; (c) facilitação do controle da Administração Pública; (d) fornecimento de informações, com benefício do conteúdo das decisões; (e) proteção da eficácia das decisões, acrescentando-se uma sexta finalidade, consistente em (f) se viabilizar a possibilidade de controle, pelos administrados, do mérito dos atos administrativos discricionários.

Sob este ângulo, o fenômeno mundial da legislação sobre procedimento administrativo representa um indício de avanço democrático: chegar a um consenso sobre como os conflitos entre a Administração e o cidadão devam ser resolvidos indica, acima de tudo, a implementação de um sistema que não permita a existência de um poder personalizado arbitrário.

O procedimento administrativo atua como sistema de frenagem do poder anti-funcional (que se arroga a prerrogativa de fazer e desfazer as regras do jogo). O Estado Democrático de Direito exige, antes de tudo, um método democrático". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130 e 131).

³⁶ DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 160 e 161. Corroborando o entendimento ora exarado, sob o prisma do processo civil, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: A Tutela Jurisdicional Através do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

³⁷ *A Processualidade no Direito Administrativo*, 1993, p. 61-69.

Ao se proceder à análise de cada um desses desideratos, percebe-se que os mesmos se encontram sobremaneira inter-relacionados, podendo-se afirmar que, em última análise, todos se encontram vinculados à legitimidade das ações do Poder Público que interferem na esfera de direitos dos indivíduos.

Nesse contexto, examinar-se-á a questão da legitimação pelo processo em próxima conexão com as demais finalidades da procedimentalização do agir estatal antes mencionadas.

a) A legitimação pelo processo

A questão relativa à legitimação do exercício do poder pelo processo teve forte influência do ideário de Niklas Luhmann.

Como assevera João Maurício Adeodato, “o sentido que Luhmann empresta ao termo ‘legitimidade’, transformando-o em ‘legitimação’, é peculiar. A legitimidade passa a ser vista como uma prontidão generalizada para acatar decisões que ainda não foram tomadas, isto é, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo real e empírico. A legitimidade seria uma ‘...ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe possibilidade de decepção rebelde só que esta não é, de fato, realizada’. ‘Legítimo’, passa a significar ‘de acordo com procedimentos jurídicos pré-fixados, perdendo definitivamente qualquer conteúdo externo, transcendente, imanente ou que quer que seja. A legitimidade não é, mas processa-se. Por isso é ‘legitimação’”.³⁸

Note-se que a legitimação procedimental pregada por Luhmann tem como premissa o compromisso quanto à aceitação, pelos envolvidos no processo, da decisão que ao cabo do mesmo será proferida, seja esta qual for. Nesse viés, é da natureza do processo a incerteza quanto ao seu resultado, o qual deverá ser aceito pelos interessados. Veja-se o seguinte trecho:

O que é interessante e relevante no processo, enquanto conquista evolutiva, é sua estrutura como sistema social. Os procedimentos são sistemas sociais orientados a curto prazo, constituídos tendo em vista um fim comum, aos quais são atribuídas funções especiais de elaboração de decisões vinculativas – ou seja, não devem ser confundidas um *tipo* de sistema genericamente disponível e muito menos com o direito processual. Cada processo, enquanto sistema temporário de interação, pode ser especificado funcionalmente, mas também diferenciado e estabelecido com autonomia relativa. Com isso ele adquire possibilidades próprias e uma temática também própria, com regras especiais sobre a relevância ou irrelevância, assumindo, nesses limites, uma margem de possibilidades, a correspondente incerteza e uma história própria que absorve essa incerteza. Diferentemente das outras ações jurídicas de procedimento processual, um processo só existe quando há incerteza sobre

38 ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.

sua conclusão, a qual é superada através dele mesmo enquanto processo decisório seletivo.³⁹

A participação e conseqüente submissão dos interessados à decisão do processo é exatamente a fonte da legitimação desta para interferir na esfera de interesses dos indivíduos.⁴⁰

Em face das razões jurídicas ora apresentadas, pode-se assinalar que uma primeira função exercida pela procedimentalização das atividades administrativas consiste na legitimação, em concreto, de tais atividades, isso a partir da possibilidade de participação, na formação ou controle dos atos administrativos, daqueles em cuja esfera jurídica venham tais atos a produzir efeitos.⁴¹ Como salienta Carmem Lúcia

39 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983. v. I. p. 178.

40 Não é desnecessário trazer à colação mais uma passagem de Niklas Luhmann: "Os processos são, como já visto anteriormente, sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. Para exercerem essa função, eles são mais ou menos diferenciados do contexto geral dos papéis sociais. Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais. Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusadores, acusados, requerentes, testemunha, etc., dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual – e não enquanto marido, sociólogo, sindicalista, etc. Com isso, seu comportamento é destacado do contexto natural de sua vida cotidiana. Seus outros papéis são neutralizados por seus papéis processuais, e só podem ser introduzidos no processo quando legitimados enquanto tema ou objeto processual. Sua contribuição comunicativa para o estabelecimento da decisão é estilizada como um comportamento livremente escolhido, ou seja, é atribuído em termos pessoais. Ao mesmo tempo ele está submetido às regras e às necessidades do sistema processual, isto é, pressionado à redução da complexidade através da eliminação de possibilidades que não podem ser absorvidas na decisão. Ao longo do processo, os participantes são levados a especificar suas posições com respeito aos resultados em cada caso ainda em aberto, de tal forma que ao final seu objetivo não possa mais parecer com o objetivo de qualquer outro terceiro. Ele se destaca como opinião ou um interesse referentes às expectativas de todos – e nunca como a verdade ou a moral comum auto-evidente. Depois de sua autorepresentação no processo, os participantes se reencontram enquanto indivíduos que articulam sua opiniões e seus interesses, que delimitam suas próprias posições de forma voluntária, tendo assim poucas chances de mobilizar em causa própria as expectativas e a ação de terceiros. A partir daí pode-se decidir sobre eles, com a pretensão de que a decisão represente a expectativa a eles dirigida por parte de terceiros. Os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, *antes do desencadeamento da força física*, no sentido de isolar e despolitizar o relutante enquanto indivíduo. Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica". (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983. v. II. p. 65 e 66).

41 Conforme lecionam Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao analisarem a função em comento no âmbito do processo judicial. "investigações sociológicas e sócio-políticas sobre o processo levaram a doutrina a afirmar que a observância do procedimento constitui fator de legitimação do ato imperativo proferido ao final pelo juiz (provimento jurisdicional, esp. sentença de mérito). Como o juiz não decide sobre negócios seus, mas para outrem, valendo-se do poder estatal e não da autonomia da vontade (poder de auto-regulação de interesses, aplicável aos negócios jurídicos), é compreensível a exigência de legalidade no

Antunes Rocha, "o processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ele é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, na medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder, no exercício do qual elas foram adotadas, recebe sua condição legítima própria".⁴²

Como dito, a função legitimadora da procedimentalização do agir das agências reguladoras encontra-se umbilicalmente ligada à proteção dos direitos dos administrados contra o atuar abusivo por parte do Poder Público, como se passa a analisar.

b) Garantia dos direitos dos administrados

Outra função da procedimentalização da atuação administrativa é a tutela e garantia dos direitos dos indivíduos, a partir da exigência de que todo e qualquer ato administrativo do qual emanem efeitos sobre relações jurídicas individuais, limitando o exercício de direitos, contem, ou, ao menos, possam contar, uma vez que voluntária, com a participação dos administrados, que terão o direito de se manifestarem acerca da pretensão estatal (corolário do princípio do devido processo legal)⁴³, exigindo sua conformidade com as disposições legais.

Essa função da procedimentalização do agir da Administração Pública corresponde a uma visão substancial do processo administrativo, sendo este encarado como uma forma de garantia dos direitos fundamentais dos administrados, os quais poderiam ser afetados por atos praticados de forma abusiva pelas autoridades administrativas.⁴⁴

Reflexo deste viés garantístico da procedimentalização do agir estatal é a segurança e estabilidade das relações entre a Administração Pública e os administrados.

Como destaca Shirlei Silmara de Freitas Mello, com fulcro no entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho, "o regime jurídico administrativo 'favorece a tônica funcional: os agentes estatais exercitam o poder em nome de uma finalidade, desempenham uma função. O procedimento impõe *previsibilidade, estabilidade, e exigibilidade*'. No âmbito do Direito Administrativo, a *segurança jurídica* mede-se pelo grau de generalidade e previsibilidade na interpretação e aplicação das normas

processo, para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos. Essa idéia é uma projeção da garantia constitucional do devido processo legal". (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 288). Ver também: BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*, 7. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 93.

42 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 136, out.-dez. 1997, p. 5-29.

43 Cf. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 1993, p. 62; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

44 Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 93.

que disciplinam a atividade dos agentes públicos quando no desempenho da função administrativa”.⁴⁵

c) *Facilitação do controle da Administração Pública*

Como se sabe, o administrador público goza de diversos poderes e prerrogativas, os quais se fazem necessários para que o mesmo possa desempenhar suas atividades.

Tais atividades, conforme percebido por Celso Antônio Bandeira de Mello, configuram uma função, ou seja, tratam-se de posições ativas que são exercidas pela autoridade pública com vistas à consecução de fins públicos, ou seja, em benefício de interesses de terceiros. Nas palavras do citado administrativista, “na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um *dever*”.⁴⁶

Nesse contexto, tem-se que os poderes e prerrogativas gozados pelo Administrador Público não lhe são deferidos para que o mesmo atue em benefício próprio, mas sim para que ele possa melhor desenvolver sua função, ou seja, para que seja possível atender, da melhor forma, os interesses coletivos, cumprindo os ditames legais.

Dessa forma, tendo em consideração que os poderes e prerrogativas deferidos à Administração Pública o são não para seu próprio benefício (que, de fato, inexistente), mas sim para benefício de terceiros (da coletividade), é razoável que aqueles que são os destinatários da atuação pública possam controlá-la, fiscalizá-la, evitando que as autoridades administrativas abusem dos poderes que lhes foram conferidos. Como assevera Odete Medauar:

Na Administração inserida em Sociedade e Estado caracterizados pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, o procedimento também é meio para que os diversos interesses aflorem antes da tomada de decisões; permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses. Com isso propicia, ainda, o controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa.⁴⁷

Eduardo García de Enterría destaca que esta função da procedimentalização da atuação administrativa já se encontrava presente em sua origem na França, com o surgimento do Conselho de Estado, o qual “vai começar a tomar em consideração as denúncias que os cidadãos lhe levavam sobre irregularidades graves cometidas pela administração”.⁴⁸

45 MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela Cautelar no Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 122 e 123.

46 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14.

47 MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 210 e 211.

48 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Problemas del Derecho Público al Comienzo de Siglo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 35.

Em face dessas considerações, tem-se como função da procedimentalização do agir da administração a facilitação de tal controle, isso por intermédio da participação dos administrados na produção de determinados atos administrativos⁴⁹, prevendo-se, ainda, o processo, como efetivo instrumento de realização do aludido controle da legalidade dos atos administrativos.

d) Fornecimento de informações com benefício do conteúdo das decisões

Tendo em vista o dever de eficiência do Administrador Público, tem-se que a atuação procedimental vem a favorecer a realização prática de tal finalidade, uma vez que a participação do administrado, trazendo informações e documentos, requerendo e apresentando perícias, em suma, fornecendo subsídios para a decisão do agente administrativo, torna possível a prática do ato que melhor venha atender os anseios da Administração e dos administrados.

e) Proteção da eficácia das decisões

A essa função do processo administrativo pode-se conferir sentido mais psicossociológico do que propriamente jurídico, uma vez que corresponde à maior possibilidade de o administrado aceitar o conteúdo de um ato administrativo praticado após o trâmite de um processo, no qual lhe foi reconhecido o direito de deduzir razões e apresentar provas, do que o de um ato praticado pelo Administrador Público sem a sua participação. Como salienta David Duarte “a presença no procedimento, para além dos fins que persegue, já referidos, e aqui numa avaliação mais sociológica do que jurídica, permite atingir também um objetivo de diminuir o desagrado potencial que pode decorrer da decisão”.⁵⁰

f) Controle do mérito dos atos administrativos

Uma outra função da participação dos administrados no processo decisório estatal consiste em se viabilizar o controle do mérito dos atos administrativos.

Com efeito, como mencionado anteriormente, o controle jurisdicional dos atos administrativos limita-se a questões de legalidade e proporcionalidade, não se cogitando de sua conveniência e oportunidade. Por óbvio, o juiz não pode substituir o administrador.

Nesse contexto, a procedimentalização do agir estatal tem a virtude de permitir que o administrado questione as razões de mérito sustentadas pelas autoridades administrativas para fundamentar o ato que se pretende praticar.

49 Cf. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 415.

50 *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, 1996, p. 170. Ver, ainda: ME-DAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 1993. p. 64.

6. Procedimentalização do agir das agências reguladoras como instrumento de legitimação

Vistas, em linhas gerais, as funções da procedimentalização da atuação estatal, é possível asseverar que o *processo administrativo* é o instrumento de legitimação concreta da atuação das agências reguladoras.

De fato, é por intermédio do processo administrativo que se viabiliza a participação daqueles que se encontrarão submetidos às normas editadas pelas agências reguladoras em seu processo de criação.

Ao participarem do *processo* os administrados podem exercer o controle da legalidade da atuação dos entes reguladores, protegendo seus direitos contra atuações ilegais ou ilegítimas. Por outro lado, na medida em que podem coadjuvar para a edição do ato administrativo, os administrados participam da decisão quanto à *conveniência e oportunidade* do conteúdo da norma que a agência pretende editar.

A própria Administração Pública se beneficia com a participação dos administrados, na medida em que estes, trazendo considerações e argumentos, participam de um debate dialético ao cabo do qual se tem melhores condições de editar uma regra apta para propiciar uma intervenção estatal eficiente.

É de se assinalar que a utilização do processo como instrumento de atuação das agências reguladoras não é uma opção, mas uma imposição decorrente do *princípio do devido processo legal*, segundo o qual o processo é o meio legítimo para a intervenção do estado na esfera de direitos dos indivíduos.

Dessa forma, para que se tenha por atendida a exigência da processualização das atividades das agências reguladoras não basta a previsão de qualquer procedimento, mas sim de procedimento qualificado pela incidência do princípio do devido processo legal, garantido-se ao administrado o direito de defesa, a publicidade das decisões administrativas, sua motivação e o direito a ter decisão final proferida pelo órgão de maior hierarquia com competência para conhecer da matéria objeto do processo.

No âmbito dos processos realizados no âmbito das agências reguladoras ressalta em importância a utilização de mecanismos como a *consulta pública* e a *audiência pública*, os quais se encontram previstos nos artigos 31 e 32 da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal.

Tais instrumentos de participação dos administrados no decidir do Poder Público são tão relevantes que Agustín Gordillo, em estudo acerca da legitimação processual e as mudanças atuais do processo administrativo, nota que “a primeira indicação de que algo está mudando temos no procedimento de audiência pública, no qual a nota distintiva é a participação dos afetados e usuários atuais ou potenciais, e administrados, não somente em defesa de seus direitos subjetivos e interesses legítimos, como tem sido a norma sempre no procedimento, mas também como titulares do que a Constituição chama ‘direitos de incidência coletiva’”.⁵¹

51 GORDILLO, Agustín. *La Legitimación*. In: Procedimento Administrativo: Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1998. p. 441.

7. Conclusão

Diante de todas as considerações anteriormente apresentadas, é possível concluir que um dos mais tormentosos temas relacionados à atuação das agências reguladoras refere-se à exigência de que sua atuação se desenvolva dentro de marcos democráticos.

Como se tentou demonstrar ao longo do presente estudo, a legitimidade democrática da atuação das agências passa pela delegação de competências executivas e legislativas para o ente regulador, garantindo-se o controle que deve ser exercido sobre suas atividades.

Principalmente, a legitimidade do agir das agências parte da viabilização da participação dos destinatários de seus atos no processo decisório, a qual se trata de imposição do princípio do devido processo legal.