
O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: BREVE ENFOQUE NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

*CONTROL ACTS OF REGULATORY AGENCIES: SHORT FOCUS IN
GENERAL LAW TELECOMMUNICATIONS*

*Isa Roberta Gonçalves Albuquerque Roque
Procuradora Federal
em exercício na PFE/Anatel*

*Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O controle dos atos das agências reguladoras; 2 Controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras à luz do princípio da juridicidade; 3 A participação popular no controle dos atos das agências reguladoras; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A reforma administrativa do Estado implementada no Brasil determinou que diversas atividades fossem retiradas do âmbito da prestação direta pelo Estado e passassem a ser exercidas por particulares. É nesse contexto que ocorre a transformação do papel do Estado, que deixa de ser o único provedor de várias espécies de bens e serviços, tornando-se o responsável pela promoção e regulação destes setores da economia. O agigantamento do ambiente normativo do Estado brasileiro, verificado a partir do advento do Estado Regulador, faz desse tema um dos que mais suscita discussão no Direito Administrativo brasileiro, tanto na doutrina quanto na prática contenciosa, administrativa e judicial. Diante do universo de possibilidade de debates, deve-se ponderar, contudo, que o reconhecimento das funções e atribuições aos entes reguladores não dispensa a necessária delimitação do exercício de tais atividades, sendo esse o ponto objeto de análise do presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras. Poder Normativo. Estado Democrático de Direito. Princípio da Juridicidade. Controle Social.

ABSTRACT: The administrative reform of the state that was implemented in Brazil determined that several activities were removed from the scope of the direct provision by the state and started to be exercised by individuals. In this context, it happens the transformation of the state's role, it is no longer the sole provider of various kinds of goods and services, making it responsible for the promotion and regulation of these sectors. The aggrandizement of the regulatory environment of the Brazilian state, since the advent of the Regulatory State, makes this issue one of the more conducive discussion in the Brazilian Administrative Law, both in doctrine and practice in litigation, administrative and judicial. Faced with the possibility of debates universe, it must be considered, however, that the recognition of the functions and duties to loved regulators not release the necessary delimitation of the exercise of such activities, which is the object of analysis point of this study.

KEYWORDS: Regulatory Agencies. Normative Power. Democratic Rule of Law. Principle of Legality. Social Control.

INTRODUÇÃO

Os entes reguladores assumem, em decorrência da própria natureza da atividade regulatória, uma feição que não se ajusta às concepções tradicionais do direito.

Nesse contexto, as agências reguladoras desempenham o papel de normatizar a atividade econômica, agora realizada precipuamente pelo setor privado. A atribuição desse poder normativo às agências reguladoras decorre da necessidade de se promover a deslegalização de algumas matérias, a fim de que estas recebam as soluções técnicas adaptáveis e flexíveis inerentes à regulação¹.

Dessa forma, a partir de uma nova roupagem concedida ao princípio da legalidade, torna-se viável que o Legislativo, ante a tecnicidade e dinamicidade das relações sociais, atribua a incumbência de especificá-las a outros órgãos da Administração Pública.

Contudo, o reconhecimento das funções e atribuições às agências reguladoras não dispensa a necessária delimitação do exercício de tais atividades.

Nesse diapasão, não há divergência doutrinária quanto à integral aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição aos atos expedidos pelas Agências Reguladoras. O controle jurisdicional dos atos da Administração, por seu turno, passa a sofrer influências da atual concepção do princípio da legalidade.

Ademais, para diminuir o risco da captura das agências pelos agentes regulados e fazer com que as suas normas reflitam, de forma fidedigna, as necessidades da sociedade, é necessária a implementação de instrumentos que propiciem a efetiva participação popular nas agências reguladoras independentes².

1 O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A amplitude do controle das Agências Reguladoras, ante a independência e autonomia previstas na legislação que lhes rege, é tema que apresenta bastante controvérsia na doutrina administrativista. Ocorre

1 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 31 maio 2010.

2 Sobre o problema da captura do regulador, cf. BAGATIN, Andreia Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Judiciário. In: *Revista do Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2005. p. 211-219.

que o reconhecimento das funções e atribuições aos entes reguladores não dispensa a imperiosa necessidade de se delimitar e ponderar o exercício de tais atividades.

De logo, deve ser registrado que o controle exercido sobre os limites da produção normativa dos entes reguladores pode ser analisado sob vários aspectos. Dentre eles, pode-se observar o controle realizado à luz da natureza do ato (controle do ato finalístico ou do ato de atividade-meio) e aquele que ocorre em razão da pessoa que o exerce (controle interno, controle externo e o denominado controle social).

Apesar de sua independência, as agências devem sofrer controles dos Poderes constituídos, diante da indispensável manutenção do sistema de freios e contrapesos que caracteriza a ideia de separação dos poderes. Com efeito, todas as formas de controle previstas na Constituição Federal, aplicáveis aos atos da Administração Pública em geral, devem ser aplicadas aos atos das agências reguladoras, as quais, em última análise, nada mais são do que entes da Administração Indireta dotados de determinadas peculiaridades inerentes à função que devem exercer.

Em análise a respeito do tema, Lais Calil³ registra o entendimento exarado pelo Ministro Marco Aurélio, Relator da ADI nº 1.668-5/DF, ajuizada por um conjunto de partidos políticos, intentando fulminar por inconstitucionalidade diversos dispositivos da Lei 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações - LGT:

A citada independência não afasta, em si, o controle por parte da própria Administração Pública Federal, exercido de forma direta, pelo Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Executivo, o Presidente da República [...] O enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico federal, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente. (grifo nosso).

Nesse diapasão, o controle interno decorre do poder-dever da Administração Pública de rever seus atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais. Desse modo, se um ato normativo é produzido em desobediência ao que prevê a lei de deslegalização, é possível, por exemplo, que o próprio ente exerça o controle da legalidade de tal ato e o expurgue do mundo jurídico.

3 CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Por Gustavo BINENBOJM, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 158.

Discorrendo sobre o tema, Alexandre de Moraes exemplifica⁴:

O *Poder Executivo*, além de permanecer com a iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir, mantém a coordenação geral da Administração Pública, indicando no projeto de lei quais as funções e finalidades da respectiva agência. Mantém ainda a possibilidade de fiscalização por meio de contratos de gestão e a indicação dos dirigentes da agência.

Já com relação ao controle externo, exercido pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas, esclarece-se que o fato de as agências reguladoras integrarem a Administração Indireta submete-as, indubitavelmente, à prescrição contida no artigo 49, X, da Constituição Federal, que estabelece ser da competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

De todo modo, deve ser enfatizado que⁵:

[...] a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos, não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.

Referindo-se ao controle exercido pelo Judiciário, o sistema brasileiro é o da jurisdição una, vale dizer, nele vigora o princípio da tutela jurisdicional aos atos das agências reguladoras (CF, art. 5º, XXXV). A princípio, portanto, não é possível impedir que as decisões das agências, como quaisquer outros atos administrativos emanados pelos entes da administração indireta, sejam submetidos à apreciação e ao controle do Poder Judiciário.

No dizer de Leila Cuéllar⁶

4 MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: _____. (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 31 maio 2010.

6 CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

Não se pode olvidar que a atuação das agências está limitada pela existência de controle jurisdicional. Assim, os atos praticados pelas agências reguladoras poderão ser revistos pelo Poder Judiciário, que exercerá, então, um controle externo sobre os mesmos⁷.

Desse modo, fixada a possibilidade de controle jurisdicional sobre os atos das agências reguladoras, deve-se definir o alcance desse controle.

2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Como se afirmou anteriormente, divergência não há quanto à integral aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição aos atos expedidos pelos entes reguladores. Todavia, em razão de as leis instituidoras das agências lhes conferir ampla margem de discricionariedade, especialmente com relação à expedição de atos normativos, entende-se ser auspiciosa a menção, ainda que perfunctória, ao debate em torno do controle judicial dos atos dessas entidades, a partir da nova concepção de legalidade.

Atualmente, há uma tendência em alargar a noção de legalidade, não ligando a Administração Pública somente à lei formal, mas sim a todo o bloco de legalidade, composto não só pela Constituição, como também pelas demais normas e valores constantes do Ordenamento Jurídico. A esta ampliação da concepção de legalidade, a doutrina dá o nome de juridicidade. Nas palavras de Gustavo Binenbojm⁸:

A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em *juridicidade administrativa*. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição.

Considerando a noção de legalidade alargada, faz-se necessário assentar o grau de compatibilidade da atuação da Administração Pública com a lei. É que, conforme bem explicitado por Vitor Rhein Schirato⁹:

⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 103.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Um novo Direito Administrativo para o século XXI*. BINENBOJM, Gustavo, Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*, Ano X, n. 47, 2008. p. 157.

[...] não seria viável exigir uma relação de conformidade entre os atos da Administração Pública e a lei, uma vez que, reafirmando-se o anteriormente exposto, em razão da alta complexidade das relações sociais atualmente existentes, não é possível que haja previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública. Sempre haverá, nesta hipótese, casos em que será necessária a atuação da Administração Pública, muitas vezes diretamente em atendimento a um comando constitucional, e que não haverá previsão legal, em razão da impossibilidade de o legislador incluir em lei todas as hipóteses de ocorrência no mundo fático que encontram reflexos no Direito Administrativo.

Assim, hodiernamente, a Administração não pode ter sua atuação simplesmente adstrita à execução das normas jurídicas aplicáveis, devendo, nas situações em que não haja previsão legal específica e nas quais os valores consagrados na Constituição devam ser tutelados, pautar sua atuação com certa margem de liberdade para a satisfação do interesse público subjacente, vinculando-se diretamente à Constituição¹⁰.

A par das considerações expostas, conclui-se que, mesmo no campo de apreciação meramente subjetiva do administrador, ante o recrudescimento das fontes jurídicas balizadoras da atuação da Administração, há uma inegável limitação da discricionariedade administrativa. Nas palavras de Schirato¹¹,

[...] verifica-se que, mesmo nos casos nos quais o legislador haja conferido certa margem de liberdade ao administrador público para que este opte por uma entre mais de uma solução possível, não se está a falar de ampla discricionariedade, pois haverá considerável parcela de vinculação a todas as demais normas integrantes do Ordenamento Jurídico.

Com efeito, a exigência de vinculação à juridicidade traz, como consequência, a limitação da discricionariedade administrativa, já que,

10 É importante frisar que, mesmo nesse cenário de ampliação da concepção da legalidade, a atuação da Administração Pública depende da existência (ainda que implícita) de prévia autorização legislativa. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública*. Interesse Público. Ano X, 2008, n. 47, p. 151-164.

11 *Ibidem*, p. 161.

“em maior ou menor grau, todos os atos administrativos serão vinculados ao Direito, com todas as suas normas e preceitos¹²”.

Ocorre que os atos regulatórios abarcam, em grande escala, a função discricionária de escolher os meios técnicos adequados ao atendimento dos fins previstos em lei. Nesse aspecto, paira enorme divergência doutrinária a respeito do grau de ingerência jurisdicional na revisão dos atos regulatórios das agências. É que para parte da doutrina, o Poder Judiciário não estaria credenciado a adentrar na apreciação das matérias de elevada discricionariedade técnica das agências.

Nesse sentido, ressalta Marcos Juruena Villela Souto que¹³,

[...]. Na fiscalização e na condução dos negócios concedidos há um dever de eficiência, norteador por critérios técnicos e, portanto, afastam ou reduzem bastante o campo da atividade jurisdicional no controle desses atos administrativos regulatórios porque a atividade jurisdicional irrestrita de controle do âmbito administrativo, sem obediência a qualquer parâmetro de mérito que tenha informado a decisão regulatória, vai representar uma subversão do princípio de separação de funções previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Comungando semelhante entendimento, Alexandre Aragão sustenta que¹⁴:

No caso das agências reguladoras, o controle jurisdicional de suas decisões, [...], possui algumas naturais limitações, [...]. Mas deve ser notado que em matérias de elevada discricionariedade técnica, nas quais a agência reguladora tenha decidido razoavelmente e cumprido o devido processo legal, a incidência do controle jurisdicional acarretaria a substituição do juízo conferido à agência instituída pelo Legislador para decidir tecnicamente aquelas matérias de direito econômico, pela decisão do Poder Judiciário, na verdade, decisão do perito judiciário,

¹² Ibidem, p. 161-162.

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fev./mar./abr. 2008. Disponível na internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 04 jun. 2010.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 31 maio 2010.

em face da em geral inevitável falta de especialização técnica do juiz na matéria regulada¹⁵.

Todavia, conforme antes esposado, a adoção da legalidade ampliada (princípio da juridicidade), ao servir de instrumento balizador do controle jurisdicional, possibilita uma maior espectro de aferição da compatibilidade da atuação da Administração Pública com o ordenamento jurídico - e não apenas com a lei formal.

Com efeito, o controle jurisdicional da Administração passa a sofrer influências da atual concepção do princípio da legalidade na medida em que o Poder Judiciário se vê obrigado a expandir o elemento balizador de seu controle para além da lei formal, incluindo nele as demais normas que integram o Ordenamento Jurídico.

Conforme ensina Schirato¹⁶,

Para que se possa verificar se a atuação da Administração Pública é compatível com a lei, não se pode ter o escopo restrito a uma determinada lei formal em específico, sobretudo em função da noção alargada de legalidade que já fora descrita. É fundamental que tal verificação seja realizada em vista de todas as normas aplicáveis à Administração Pública, incluindo as normas por ela mesma editadas e os princípios jurídicos (tanto os princípios positivados na Constituição Federal e demais normas jurídicas quanto os princípios consagrados pela jurisprudência e pela doutrina). Apenas dessa forma entendemos ser possível o efetivo controle da Administração Pública.

A partir do acima exposto, observa-se que o controle jurisdicional dos atos discricionários das agências reguladoras está sujeito a problemas ainda mais sensíveis do que aqueles já enfrentados no controle dos atos discricionários em geral. Todavia, deve-se deixar claro que não se pode pretender que o modelo aqui explanado represente um retrocesso na tendência, (anterior ao próprio surgimento das agências no Brasil),

15 De forma mais branda, mas também comungando opinião comedida a respeito do tema, Luis Roberto Barroso (2005) ensina que: Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e dos subjetivismos.

16 SCHIRATO, op. cit., p. 162.

extremamente democrática, de minoração do que se entende por mérito do ato administrativo, a fim de submeter ao controle judicial aspectos que, pela doutrina tradicional, eram considerados critérios de oportunidade e conveniência do administrador.

No dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷,

O judiciário, tal como hoje atua com relação à *discricionariedade*, prescrutando-lhe a juridicidade plena do mérito, pode e deve investigar também amplamente a juridicidade do *preenchimento do espaço decisório deslegalizado* por atos regulatórios, portanto, quanto à sua legalidade, legitimidade e licitude [...] para assegurar a *juridicidade do processo regulatório*, principalmente contra o *arbítrio e o exercício do voluntarismo decisional*, mediante a *abertura do exame de razoabilidade e de proporcionalidade*, ponderando entre as vantagens e desvantagens de uma determinada regulação relativamente aos direitos fundamentais, com vistas a anulá-la ou a remetê-la à agência para corrigi-la.

Nas palavras de Sebastião Botto de Barros Tojal¹⁸,

[...] a revisão judicial dos atos administrativos de regulação está a exigir a sistematização de uma nova compreensão da própria teoria dos atos administrativos, de um lado, à luz da emergência do paradigma do direito regulatório, e, de outro, requer ela, também, um esforço jurisprudencial que, reconhecendo a minimização da discricionariedade administrativa em matérias como tais, avance sobre os limites do controle de constitucionalidade da lei e dos atos do Poder Público [...], sempre reconhecendo que a única inteligência do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, [...] é reconhecer que a única fonte primária de deveres e obrigações é a capacidade normativa do Estado, venha ela veiculada exclusivamente por lei, em seu sentido formal, ou na forma de um direito regulatório, que não tem na lei seu exclusivo veículo de revelação.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 04 jun. 2010.

18 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 170.

Nesse contexto, e abreviando a calorosa discussão que envolve a temática, somente como forma de trazer ilustração a respeito da amplitude interpretativa encontrada nos contornos dos limites do controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras, vale registrar a diversidade de entendimento entre os julgadores da Corte Suprema, que foi chamada a deliberar sobre a constitucionalidade de diversos artigos da LGT, em especial as previsões encontradas no inciso II do art. 22, no parágrafo único do art. 54 e no art. 55 ao art. 58 da Lei nº 9.472/97, que continham regramento das novas figuras surgidas (pregão e consulta), bem como as demais previsões envolvendo as contratações na referida Lei.

Em brevíssimo registro, por meio do Acórdão proferido na ADI nº 1.668-5 (ainda não julgada no mérito), publicado em 16/04/2004, os Exmos. Ministros, por maioria, indeferiram o pedido de medida cautelar no que se refere ao parágrafo único do art. 54 e ao art. 55 ao art. 58 da LGT. Contudo, na mesma assentada, a Corte Suprema deferiu em parte o pedido de medida cautelar para, sem redução de texto, conceder ao inciso II do art. 22 “[...]” interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de vigência “[...]”¹⁹.

A leitura pura e simples do extrato da ata não revela precisamente a decisão firmada naquele julgado. Ao ler o teor dos votos dos Ministros, nota-se que os julgadores que indeferiram a medida cautelar se lastrearam na especificidade da questão das telecomunicações (Min. Nelson Jobim, Min. Carlos Velloso, Min. Octávio Galotti) e não nas atividades ordinárias que extrapolam esse campo pontual. Ou seja, o

19 Marçal Justen Filho, comentando sobre a decisão da Corte Máxima assevera que (2010, p. 22-23): Por um lado, o STF rejeitou as soluções legislativas similares às contempladas na Lei nº 9.472. Todos os dispositivos em que se atribuiu competência normativa autônoma para uma autoridade administrativa disciplinar matéria pertinente a contratos e licitações foram reprovadas pelo STF. Reputou-se que essa competência apresentava cunho meramente regulamentar e teria de ser exercitada nos termos e de acordo com a disciplina legislativa cabível. Assim, o art. 22, inc. II, da LGT previa incumbir ao Conselho Diretor “aprovar normas próprias de licitação e contratação”. Foi deferida a liminar para adotar-se interpretação conforme no sentido de que tal competência é “submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência...” [...]. Mas, dentre as inúmeras questões, a que envolvia maior complexidade era a do disposto no art. 54, parágrafo único, da LGT. Ali se determinava que as contratações que não versassem sobre obras e serviços de engenharia poderiam ser sujeitadas a modalidades próprias de licitação (pregão e consulta). Observe-se que a LGT continha regras básicas sobre o conteúdo dessas duas figuras (nos arts. 55 a 58). O STF, por maioria de seis votos contra cinco, decidiu não suspender a aplicação dos dispositivos aludidos. Essa decisão se fundou no entendimento de que nada impedia que a lei criasse regimes licitatórios peculiares e próprios.

real alcance da vigência constitucional reconhecida pela Corte Suprema a tais dispositivos está afeta à atividade-fim da agência, quais sejam, àquelas decorrentes de sua relação com o mercado regulado, e não de suas atividades *interna corporis*.²⁰

Não se deve esquecer que o cenário em que foi proferido o julgamento cautelar do STF era diverso do atual, uma vez que, à época da prolação do acórdão (1998), não havia a Lei nº 10.520/2002 e tampouco o Decreto nº 5.450/2005, que disciplinam a modalidade licitatória do pregão.

Desse modo, pela exegese firmada pela Suprema Corte, a Agência Nacional de Telecomunicações, enquanto entidade integrante da Administração Pública Federal indireta (art. 8º da Lei Geral das Telecomunicações), não teria espaço para criar regulamento próprio de licitação diferente do regramento já estabelecido por normas gerais e especiais, particularmente no âmbito das atividades-meio da Agência²¹.

Assim, o controle judicial dos atos administrativos discricionários das agências reguladoras deverá ser feito, em sua maioria, à luz dos princípios constitucionais e daqueles encontrados nas leis instituidoras, relegando a um segundo plano as disposições expressas do texto legal. Por esse motivo, a regra geral de que os atos administrativos devem ser sempre motivados assume rigidez maior no caso dos atos expedidos pelas agências reguladoras.

3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A par dos mecanismos de controle exercidos pelos órgãos estatais, acrescenta-se que a participação da sociedade representa um forte artifício de preenchimento do problema do déficit de legitimação democrática dos entes reguladores.

Com efeito, conforme observado por Tojal²²,

O que ocorre, no entanto, é que a esse moderno direito regulatório, essencialmente um novo paradigma na ciência jurídica por conta de suas novas características, tem correspondido, como já assinalado, um “déficit democrático”, de vez que se conferem às agências reguladoras atribuições de editar normas, assemelhadas às funções legislativas

20 BRASIL. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal. *Parecer 159/PGF/RMP/2010*.

21 Ibidem.

22 TOJAL, op. cit., p. 165-166.

do Parlamento, sem que tal fato venha acompanhado de sistema de controle que lhe seja próprio e especialmente eficaz.

E, como visto, é esse “déficit democrático” que deve merecer a atenção, não porque não se possa reconhecer a legitimidade do processo que o originou (o reconhecimento do poder normativo de que são titulares as agências reguladoras), mas porque nenhuma sociedade que pretenda democrática pode conviver com um poder político cujo exercício não possa efetivamente ser controlado pelo cidadão.

A atuação da sociedade no controle da Administração Pública é denominada de controle social. Tal mecanismo de controle encontra fundamento no Estado Democrático de Direito. Com efeito, “A noção de Estado Democrático de Direito está associada à de participação popular no exercício do poder político, concretizada de forma direta ou indireta²³”. Assim, a atuação da sociedade na gestão e no controle das atividades da Administração Pública é consequência do modelo de Estado adotado pela Constituição Federal²⁴.

Esta necessidade de participação insere-se também no contexto das agências reguladoras, conferindo maior legitimidade a suas atividades e, em especial, à sua função normativa. Nesse sentido, afirma Binjenbojm que²⁵:

Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a *autoridade* das decisões das agências.

23 CUÉLLAR, op. cit., 2001. p. 130.

24 BORGES, Alice Gonzalez. Democracia Participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível na Internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 4 jun. 2010. Neste artigo, a autora apresenta várias formas, constitucionalmente previstas, de participação social no controle da gestão pública. Para tanto, menciona que “De várias maneiras, por diversos meios de ação, informais, formais, judiciais, não judiciais, junto a cada um dos Poderes da República, a Constituição prevê e assegura o controle participativo da gestão pública pelos cidadãos.

25 BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 04 jun. 2010.

Dessa forma, tanto o controle exercido individualmente pelos cidadãos, quanto o controle exercido coletivamente pelas associações voltadas a esse tipo de atuação concorrem para conferir maior legitimidade às decisões dos entes regulatórios.

No Brasil, a participação popular no âmbito das atividades dos entes reguladores encontra previsão nas leis instituidoras das agências. Os principais mecanismos de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.

Tanto as audiências públicas, quanto as consultas públicas, possuem a função de, por meio da captação de ideias e sugestões conferidas pelos cidadãos, proporcionar à Administração Pública uma maior afinidade entre as suas decisões e o atendimento aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória.

No dizer de Binenbojm²⁶,

A consulta pública tem a mesma função da audiência pública, qual seja, a de concretizar o princípio da publicidade e viabilizar a participação de indivíduos ou grupos determinados para expor suas ideias e sugestões. A diferença está na forma de realização. Enquanto a audiência tem a forma de sessão, com data e hora marcada, onde os interessados comparecem conjunta e pessoalmente para expor suas opiniões, a consulta, em regra, é feita de maneira individual e durante um período determinado.

Oportuno registrar que, nos dois veículos de controle social acima explicitados, a participação dos cidadãos é limitada, uma vez que o resultado do debate entabulado não tem caráter vinculante para a agência. Ademais, nos casos em que a lei prevê a obrigatoriedade da realização da participação social, seja por meio de consulta ou de audiência pública, tal formalidade constitui condição essencial de validade dos atos a ela vinculados. Todavia, deve ser salientado também que “não se admite brusca alteração da norma proposta sem aviso prévio e sem realização de novo procedimento²⁷.”

Como exemplo de previsão de consulta pública, vale conferir o teor do artigo 42, da Lei nº 9.472/97, que criou a ANATEL, *in verbis*:

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo

²⁶ Ibidem, 2005.

²⁷ BINENBOJM, op. cit., 2005.

as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Tramita no Congresso Nacional, todavia, um Projeto de Lei nº 3.337/2004, tornando obrigatória, para todas as agências, a realização de consulta pública antes da tomada de decisão sobre questão relevante.

Observe-se que, enquanto não for aprovado referido projeto de lei, e na linha do entendimento do STF já esposado no tópico anterior, a Anatel possui ampla discricionariedade para proferir a regulamentação interna do procedimento e funcionamento das consultas públicas com respaldo nos artigos 54 a 58 da LGT.²⁸

Com relação aos conselhos consultivos, deve ser ressaltado que são órgãos de participação social integrados por membros indicados pelo Poder Legislativo e Executivo, entidades representativas de empresas prestadoras de serviços, de usuários e da sociedade civil cujos interesses são atingidos pela regulação. Todavia, “são órgãos meramente consultivos, pois suas recomendações não vinculam a direção das entidades reguladoras. Dessa forma, a eficácia de sua ação é reduzida²⁹.”

Apesar da existência de abertura à população, “o discurso da legitimação pelo procedimento participativo sofre, no Brasil, severas críticas. Tais críticas decorrem do baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira”³⁰.

Com efeito, mesmo considerando as incipientes previsões legais existentes, tanto a participação dos cidadãos, individualmente considerados,

28 Segundo o entendimento explicitado no Parecer nº 159/PGF/RMP/2010, essa regulamentação interna é imprescindível para a efetiva realização de consultas públicas no âmbito da Anatel:

“Já, no caso de inexistência de normas gerais próprias, como no caso da modalidade de consulta, a despeito de ter a ANATEL de guardar observância aos princípios da Administração Pública insculpidos no artigo 37 da Constituição vigente bem como no art. 3º da Lei nº 8.666/93, é o regime normativo fundamentalmente ditado pelo disposto nos arts. 54 a 58 da Lei nº 9.472/97, e, no âmbito da autonomia da Agência, complementado por regimento interno próprio. Nesse caso, e somente nesse, enquanto não houver regulamento interno da ANATEL, as disposições contidas na Lei nº 9.472/97 não podem ser aplicadas, em face da falta de concretude normativa.”

29 ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Estado Regulador: Algumas Considerações à luz do Direito Comparado. *Fórum Administrativo – Dir. Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 83, jan. 2008. p. 46.

30 Sobre a baixa eficácia dos instrumentos de controle social previstos no projeto de Lei nº 3.337/2004, Cf. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O Marco Legal das Agências Reguladoras. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 9, número 45, p. 29-37, 2007. Na página 35 do referido trabalho, o autor apresenta crítica a não obrigatoriedade de vinculação das decisões das agências às formulações da sociedade: “o projeto não vincula a tomada de decisões às propostas apresentadas nas consultas públicas. Como diz o ditado popular, são consultas públicas ‘inglês ver’. É evidente que alguma que alguma vinculação haveria de ter-se como obrigatória, no mínimo, para que as agências fundamentassem, pormenorizadamente, as razões pelas quais não aceitam a proposta.”

quanto a participação das entidades civis são ainda muito tímidas na sociedade brasileira.

Nas palavras de Binenbojm³¹,

[...] em uma pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas pela ANATEL, descobriu-se que a participação concentra-se no grupo que atua no ramo de telecomunicações, as empresas e outros organismos a ela ligados, tais como escritórios de advocacia, os quais somam 68,69% da contribuições oferecidas. Já a presença de órgãos governamentais, bem como partidos políticos e entidades de defesa do consumidor, se revelou ínfima.

Conforme esposado anteriormente, as agências reguladoras são independentes administrativamente, existindo enorme esforço do ordenamento jurídico pátrio para distanciar as influências políticas da Administração central do seu âmbito de decisão. Todavia, algumas atividades reguladas são exercidas por agentes econômicos extremamente fortes, como a dos serviços de telefonia, por exemplo. Nesse contexto, a “captura” pode ser reconhecida quando o agente econômico exerce forte influência sobre a agência, no intuito de que a regulação lhe proporcione condição favorável à ampliação da lucratividade³².

Todavia, deve-se deixar claro que o fenômeno da captura funciona como instrumento de reforço na promoção da participação social nas atividades regulatórias. Com efeito, a participação popular, além de prevista pela legislação pátria, deve ser estimulada pelo Poder Público para que, conforme esposado por Binenbojm³³,

Assim, talvez seja possível preservar um desejável *espaço de autonomia das agências* em setores onde predomine a necessidade de gestão profissional, de estabilidade em longo prazo e de administração não imediatamente responsiva à vontade das urnas, mesclando-o com

31 BINENBOJM, op. cit., 2005.

32 Cf. BAGATIN, Andreia Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Judiciário. In: *Revista do Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2005. p. 211-219. Na página 218 da referida obra, a autora tece o seguinte comentário: “Em regra, não há dados objetivos que permitam afirmar categoricamente que determinado ente regulado é (ou está) capturado por grupos de interesses. Ou seja, a ocorrência da captura é um risco a que estão submetidos os entes reguladores e, na generalidade dos casos não há como se comprovar a concreta ocorrência do problema.”

33 BINENBOJM, op. cit., 2005.

um regime de *controle parciais da natureza política, jurídica e social*, de forma a compatibilizá-lo com as exigências do Estado democrático de direito.

Assim, os instrumentos de controle social previstos nas leis instituidoras dos entes reguladores, apesar de ainda serem pouco utilizados pelos cidadãos, representam um passo importante da Administração Pública brasileira no sentido de concretização do Estado Democrático de Direito. No caminho a percorrer, competem aos órgãos estatais uma atuação com transparência, além de estimular a participação efetiva da sociedade nas decisões públicas. Já à sociedade cabe ocupar o espaço que lhe pertence, atuando na formulação de políticas públicas e fiscalizando os agentes estatais.

4 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, percebe-se que a ineficiência do Estado moderno, sobrecarregado na execução de obras e serviços públicos, acarretou uma modificação na mentalidade administrativa, resultando em maior descentralização nos serviços públicos.

Nessa seara, a regulação, para ser considerada eficiente e alcançar verdadeiramente seus fins, deve contar com instrumentos que respaldem a independência e autonomia de seus agentes. Os entes reguladores assumem, em decorrência da própria natureza da atividade regulatória, uma feição que não se ajusta às concepções tradicionais do direito, como a legalidade e a separação de poderes.

Vê-se, assim, que a função normativa dos entes reguladores deve ser visualizada a partir das novas necessidades do Estado Contemporâneo. A partir de uma nova roupagem concedida ao princípio da legalidade, torna-se viável que o Legislativo, ante a tecnicidade e dinamicidade das relações sociais, atribua a incumbência de especificá-las a outros órgãos da Administração Pública.

Ocorre que o reconhecimento das já mencionadas funções e atribuições aos entes reguladores não dispensa a necessária delimitação do exercício de tais atividades. Com relação ao controle jurisdicional, não há divergência doutrinária quanto à integral aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição aos atos expedidos pelos entes reguladores.

Com efeito, o controle jurisdicional dos atos da Administração passa a sofrer influências da atual concepção do princípio da legalidade na medida em que o Poder Judiciário se vê obrigado a alargar o elemento

balizador de seu controle para além da lei formal, incluindo nele as demais normas que integram o Ordenamento Jurídico.

O controle exercido pela sociedade dos atos emanados das agências é também fundamental para que as normas reguladoras reflitam o interesse público. Com efeito, a participação popular, além de prevista pela legislação pátria, deve ser estimulada pelo Poder Público, servindo como mecanismo minimizador da possibilidade de captura das agências. Todavia, mesmo considerando as incipientes previsões legais existentes, a participação dos cidadãos e das entidades civis é ainda muito tímida na sociedade brasileira.

É possível inferir que, apesar de discussões doutrinárias, a função normativa das agências encontra respaldo no ordenamento jurídico. Torna-se necessária, entretanto, uma releitura dos institutos tradicionais. A legitimidade da atuação das agências será gradativamente reafirmada, conforme incrementada a participação da sociedade, solidificando, dessa forma, princípios do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Estado Regulador: Algumas Considerações à luz do Direito Comparado*. Fórum Administrativo – Dir. Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 83, jan. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 31 maio 2010.

_____. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 51, set. 2008. Disponível em: <[HTTP://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55459](http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55459)>. Acesso em: 18 maio 2010.

BAGATIN, Andreia Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Judiciário. *Revista do Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Um novo Direito Administrativo para o século XXI*. BINENBOJM, Gustavo, Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 3, ago/set/out, 2005. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 4 jun. 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Democracia Participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, jun./jul./ago. 2008. Disponível na Internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 04 jun. 2010.

BRASIL. *Parecer 159/PGF/RMP/2010*. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 04 jun. 2010.

CALIL, Lais. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Org). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: _____ (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 04 jun. 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O Marco Legal das Agências Reguladoras. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 9, número 45, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*, Ano X, nº 47, 2008.

SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fev./mar./abr. 2008. Disponível na internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 04 jun. 2010.

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