

2.2 AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA¹

RICARLOS ALMAGRO

Juiz Federal

Doutorando em Direito Público - PUC-Minas

Mestre em Direito – UGF/RJ

Especialista em Direito Processual Público – UFF/RJ

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do liberalismo ao estado social. 3. As agências reguladoras. 3.1 A autonomia das agências reguladoras independentes. 3.2 Da democracia liberal à visão dialógica. 3.3 A autonomia das agências reguladoras independentes sob o viés democrático-dialógico. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

De um panorama de afirmação absoluta das liberdades, própria do liberalismo, migra-se para um novo papel do Estado, em que as demandas por igualdade social se apresentam. O advento do Estado social agiganta as tarefas administrativas e a insustentabilidade desse quadro clama por novos paradigmas administrativos que irão culminar no novo papel do Estado, situado no âmbito de formação de parcerias entre o público e o privado, diminuindo a tensão entre os dois conceitos, a par de outros câmbios, como aquele indicado por Bresser Pereira²:

¹ O presente texto foi produzido ao longo dos estudos desenvolvidos no âmbito da disciplina “Tendências do Direito Administrativo: Adm. Pública Dialógica”, ministrada pela Prof.^a Dr.^a Marinella Machado Araújo, no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade Mineira de Direito (PUC-Minas).

² Bresser Pereira esclarece que “Desde meados dos anos 80, os países altamente endividados têm-se dedicado a promover o ajuste fiscal, a liberalizar o comércio, a privatizar, a desregularizar”. A par dos avanços que daí advieram, complementa o autor (PEREIRA, 1999, 22-23):

A premissa neoliberal que estava por trás das reformas – de que o ideal era um Estado mínimo, ao qual caberia apenas garantir os direitos de propriedade, deixando ao mercado a total coordenação da economia – provou ser irrealista (...). Por outro lado, tornou-se cada vez mais claro que a causa básica da grande crise dos anos 80 – uma crise que só os países do Leste e do Sudeste asiático conseguiram evitar – foi o Estado: uma crise fiscal do Estado, uma crise do tipo de intervenção estatal e uma crise da forma burocrática de administração do Estado.

Paralelamente a tudo isso, a crise dos anos 80, que assolou sobretudo os países sul-americanos, recomendou a flexibilização do arquétipo administrativo de outrora, afirmando a luta pela quebra dos parâmetros da administração burocrática e pela adoção de um modelo gerencial de administração, voltado sobretudo à concretização do princípio da eficiência (PEREIRA in PEREIRA; SPINK, 1999, p. 22).

Nesse contexto surgem as agências reguladoras, só tardiamente ingressando em nosso sistema jurídico (por volta dos anos 90), com a criação da ANATEL pela Lei nº 9.472/97. O presente trabalho visa a dar notícia desse panorama histórico e perfilhar um quadro estrutural dessas entidades, bem como do seu regime jurídico, para, afinal, mudando o enfoque mais tradicional, voltado ao estudo do campo de autonomia dessas agências, situar a questão da sua legitimidade democrática, com a análise da possibilidade de introdução de mecanismos dialógicos de participação popular na sua atuação e controle.

2. Do liberalismo ao estado social

A idealização de um modelo estatal que atenda aos ditames de um sistema justo não é preocupação recente. A derrocada do feudalismo revela a insurreição contra os privilégios feudais. A sociedade atomizada foi substituída pela idéia de unidade nacional, que convergiu no surgimento dos Estados-Nação, fundados na construção de um conceito de soberania que serviu de instrumento de concentração de poderes na pessoa do príncipe.

Assim, tais estados nacionais revelaram, no regime monárquico absolutista, a opressão esmagadora dos direitos individuais, favorecendo o lançamento do manifesto liberal, propellido pelo ideal de liberdade frente ao Estado.

Inaugurou-se a dicotomia do poder. A soberania implícita na idéia de Estado representava afronta ao mais caro ideal humano – a liberdade.

Como bem assevera Paulo Bonavides (1996, p. 40), 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 liberdade.

Paralelamente, o comércio medieval, sustentado em bases de produção corporativas, expande-se pelo mar e a economia de urbana passa a ser nacional. Esse crescimento econômico, embora ainda incipiente, frente à revolução que iria ocorrer no século

seguinte, lançou o manifesto burguês, modelado sob um arquétipo de representação de todo o corpo social, viabilizando a instalação do Terceiro Estado no poder, historicamente atrelada ao movimento revolucionário de 1789. Para tal desiderato, carecia a burguesia de legitimação, conquistada ao arvorar-se defensora das liberdades ou, nas palavras de Paulo Bonavides (1996, p. 44), “[...] fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes”. A sua instalação no poder não veio acompanhada da concretização dos caros ideais revolucionários, sufocados por desigualdades sociais que se instalaram.

A *mão invisível do mercado* levou o primado da liberdade à esfera econômica, projetando desigualdades sociais que asfixiavam as próprias liberdades individuais. Assim, as antíteses verificadas entre o modelo proposto pela burguesia e a realidade social e política emergente conduziram à corrosão da expressão liberal.

As novas tecnologias que, incipientes, introduziam novos modos de produção, provocaram uma silenciosa renovação nas relações de trabalho, onde a usurpação do ideal de vida boa levou a uma verdadeira revolução. Constatava-se a formação de castas privilegiadas economicamente e, de outro lado, uma sociedade escravizada, a qual retoma a luta pela afirmação das liberdades, agora pautada no viés da igualdade. O Estado, até então liberal e não interventor, tornar-se-ia o garante do reequilíbrio das forças econômicas e o provedor das necessidades básicas dos cidadãos. Já não basta aquela liberdade negativa frente ao Estado, impõe-se a atuação desse na realização de prestações efetivas que garantam o bem-estar social.

O Estado de bem-estar social (*welfare state*) se compromete com um novo plexo de atribuições que somente aumentam com o tempo, o que levaria à falência do modelo providencial. A ineficiência e os insuportáveis custos estatais conduziram à busca de novos modelos de gestão, sobretudo pela descentralização da prestação dos serviços públicos, a retirada parcial do Estado do âmbito econômico, como explorador direto dessa classe de atividade, firmando o seu papel na regulação desse mercado e no incentivo à formação de parcerias entre o público e o privado, sobretudo mediante a técnica de fomento.

É como resumidamente esclarece Luiz Roberto Barroso (2005, p. 2):

A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase, a pós-modernidade, que encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme

redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais.

Tal é a noção de subsidiariedade, em cujas idéias centrais sobressai a de que devem ser respeitadas as liberdades individuais, contendo-se a intervenção estatal, de forma a permitir ao particular que detenha condições de exercer atividades, que o faça por sua própria iniciativa e recursos. Por outro lado, a participação do Estado deve voltar-se à garantia de sucesso do empreendimento particular, mediante o fornecimento de incentivos, a coordenação, a fiscalização e o fomento. Finalmente, propõe-se, através dele, uma parceria entre o poder público e particulares (parceria público-privado).

De notar-se que o perfil que ora é descrito não se adequa ao ideal de Estado mínimo. Ao contrário, a perspectiva não é a de supressão do papel estatal, mas da sua redefinição, sob novos moldes de gestão e organização, como já se adiantou acima. Essa distinção é bem colocada por Di Pietro (1997, p. 25):

Como se vê, não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo; neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição. Além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento.

Portanto, a falência do Estado providencial impôs um processo amplo de privatização³, efetivado em âmbito global, caracterizando um verdadeiro giro histórico, para utilizarmos uma expressão de Gaspar Ariño Ortiz (CASAGNE; ORTIZ, 2005, p. 9). Confira:

³ Na lição de Di Pietro (1997, p. 13-15), o termo assume, de um lado, conotação ampla, abarcando a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a desmonopolização de atividades econômicas, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização), a concessão de serviços públicos e os *contracting out* (“Fórmula pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços”), aqui entrando a terceirização; e, de outro lado, tem uma conotação restrita, que “abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado” (disciplinada no direito brasileiro pela Lei n.º 8.031/95). No texto, empregamos a expressão no primeiro sentido.

El término ‘privatización’ ha sido en estos años una palabra mágica que encarnaba en sí misma una transformación profunda en el modelo de Estado. Ha significado un verdadero ‘tournant de l’histoire’, como una nueva encrucijada histórica, caracterizada por la liberalización de actividades, la apertura de fronteras, la supresión de monopolios y la privatización de tareas y empresas públicas. Después de más de medio siglo de expansión del Estado, este ha empezado a retirarse de la actividad económica, para concentrarse en lo que son sus funciones soberanas. Este cambio de modelo, que se inicia a finales de los ochenta en el Reino Unido, no es propio de un país o de un gobierno concreto. Es universal, es un proceso de biología histórica que está teniendo importantes manifestaciones tanto en Europa como en Iberoamérica, e implica esencialmente un cambio de tareas - de roles - entre el Estado y la Sociedad.

Nesse novo modelo de atuação do Estado, revela-se importante o papel das agências reguladoras.

3. As agências reguladoras

Como vimos, a idéia de um Estado subsidiário se reflete, dentre outros, na diminuição do seu papel como agente econômico e prestador direto dos serviços públicos; no incremento da atividade de fomento, em decorrência da visão de parceria entre o público e o privado, cuja separação estanque é diluída em processos de simbiose na formação do espaço público, como adiante se verá; e no repúdio aos modelos burocráticos de organização, que, auto-referenciais, centram-se em procedimentos formalistas e, descurando-se dos resultados, obnubilam o princípio da eficiência.

Há uma evidente interpenetrabilidade entre os sistemas econômico e jurídico, a reclamar um reajuste dos modelos estruturais e de atuação da Administração Pública.

Nesse contexto, a idéia de descentralização vai assumir relevância crescente. Em uma visão tradicional, costuma-se diferenciá-la da noção de desconcentração, própria de qualquer atividade administrativa, em que se constata, em um quadro de unidade subjetiva, divisão orgânica de competências, mantendo-se o controle hierárquico. Por sua vez, na descentralização, são criados novos entes, dotados de autonomia funcional para a persecução dos seus objetivos institucionais com maior eficiência. Assim, ela é marcada pela pluralidade de sujeitos e pela ausência de subordinação hierárquica.

Em que pese tal nota, a realidade institucional brasileira foi marcada pelo apego a processos burocráticos de administração, que acabaram por resistir a essa flexibilização

do controle ministerial, asfixiando a autonomia das autarquias criadas por tal processo de descentralização. A tal ponto isso ocorreu, que se chega a afirmar a existência de um quadro de “desautarquização das autarquias” (VENÂNCIO FILHO, 1998 apud ARAGÃO, 2002, p. 273), daí gerando a formação das denominadas autarquias de regime especial, exatamente para conferir-lhes maior autonomia.

Com isso, queremos afirmar que a mera criação de uma pessoa jurídica, destacada do Poder Central e voltada à perseguição de fins específicos, não lhes dá a nota típica de entidade descentralizada, senão formalmente. O que nos interessa essencialmente é o regime de autonomia reforçada, próprio de uma descentralização material⁴.

A interpenetrabilidade entre os sistemas jurídico e econômico, tal como anotado acima, reivindica novos mecanismos de gestão do interesse público. Nesse contexto, sem totalizar o fenômeno, são criadas entidades, como fruto de uma efetiva descentralização administrativa, marcando o surgimento das agências reguladoras independentes, onde a nota da autonomia é essencial à maleabilidade necessária ao enfrentamento das oscilações do sistema econômico.

3.1 A autonomia das agências reguladoras independentes

As agências reguladoras têm na autonomia a sua marca típica, sendo exatamente ela que permitirá o seu caráter dinâmico, associado à blindagem contra oscilações políticas que poderiam comprometer a sua eficiência. Efetivamente, não se trata de uma total independência, como à primeira vista poderia sugerir o seu nome; ao contrário, como bem salienta Alexandre Aragão (2002), trata-se apenas de uma autonomia reforçada, pois estão submetidas aos objetivos demarcados em lei e às políticas públicas fixadas para o setor em que atuam.

No Direito Francês, as agências reguladoras têm a sua autonomia marcada pelo que é denominado estatuto da independência. As autoridades administrativas independentes (como lá são denominadas as agências reguladoras), diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, não são dotadas de personalidade jurídica, sendo órgãos integrantes da estrutura administrativa do Poder Central. Por isso mesmo, a sua *independência* assume ainda maior importância. Como bem observa Olivier Dugrip (1988, p. 3):

⁴ De notar-se ainda o fato de que, no direito francês, as autoridades administrativas independentes (paralelo das agências estudadas) não são dotadas de personalidade jurídica, mas, a despeito de tal nota, além de poderem perseguir seus interesses em juízo, são brindadas com uma autonomia reforçada, típica de um quadro de descentralização material.

A independência de tais autoridades administrativas em face do Governo é sua razão de ser. Ela lhes dá a sua originalidade e as distingue de outras estruturas administrativas integrantes da hierarquia administrativa. Ela exclui toda noção de dependência, tutela ou controle; os poderes públicos não lhes podem dirigir nem ordens nem instruções. Dispondo de um poder próprio, elas definem, elas mesmas, sua ação e exercem suas atribuições de maneira totalmente autônoma [...]. Para que esta independência seja realmente assegurada, elas se beneficiam de garantias de independência orgânica e funcional próprias a protegê-las de pressões exteriores.

Esse estatuto da independência se reflete na existência de garantias estatutárias e independência orgânica e funcional. Quanto à *independência orgânica*, ela se faz presente na composição colegiada daqueles órgãos, definida no texto constitucional, sendo a indicação dos seus membros dirigentes feita por assembléias das mais altas cortes jurisdicionais, tais como a Corte de Contas, o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, ou por altas autoridades políticas, como o Presidente da República e o Presidente do Senado (ou ainda por uma e outra). A par dessa forma de designação, há *garantias estatutárias*, como a existência de um mandato de duração fixa e relativamente longa, o qual não é renovável, tampouco revogável; e a garantia da inamovibilidade dos seus membros. Completando o quadro sucintamente delineado, destaca-se ainda a *independência funcional*, marcada pela autonomia de gestão material e financeira; pelo quadro próprio de pessoal, subordinado à autoridade do seu presidente, que também é ordenador de despesas; pela competência normativa para a elaboração do seu próprio regulamento interno; dentre outras.

No Brasil, o surgimento das agências reguladoras tem a sua marca na década de noventa, com a criação da ANATEL pela Lei nº 9.472/97. Considerando que nos Estados Unidos da América, a primeira agência surgiu em 1887 (ICC – Interstate Commerce Commission), pode-se afirmar que por aqui houve uma eclosão retardada do fenômeno.

Não sendo a análise da sua causa objeto do presente trabalho, podemos apenas resumidamente sinalizar para possíveis influências no retardamento do surgimento das agências. Uma delas, a tardia retirada do Estado do mercado, como agente econômico, de forma que a sua presença como agente prestador direto tornava, ao menos em tese, menos relevante o papel da regulação independente⁵.

⁵ Reforçando a idéia, a nota de Armínio Fraga, quando na Presidência do Banco Central do Brasil (Jornal do Comércio, 20/21 de agosto de 2000): “Com a redução das estatais, o Governo teme que haja uma concorrência predatória, repasses indiscriminados de custos e acordos de cartelização. Por isso, o governo pretende criar imediatamente as superagências reguladoras”.

Por outro lado, a abertura dos mercados ao capital internacional, ocorrida no âmbito do Governo Fernando Henrique Cardoso, gerava a necessidade de segurança para os investidores estrangeiros contra oscilações nas políticas governamentais, exigindo-se um compromisso regulatório, viabilizado pela criação de agências independentes que pudessem manter a estabilidade dos acordos, a justificar os elevados ingressos de capital no País. Nesse sentido, o magistério de Gustavo Binenbojm (2005, p. 6):

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (regulatory commitment) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira tour de force da reforma do Estado. Dai a idéia da blindagem institucional de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura.

Se, de uma parte, a criação de agências reguladoras dotadas de acentuado grau de autonomia servia ao bom propósito de desestruturar os chamados “anéis burocráticos” existentes nos Ministérios, de outra parte, o mandato fixo de seus dirigentes e seu compromisso técnico sinalizavam ao mercado o compromisso do próprio país de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir o cumprimento fiel dos contratos celebrados ao cabo dos processos de privatização e desestatização.

Sob o aspecto jurídico, destaca-se a resistência do Supremo Tribunal Federal em aceitar a autonomia dessas entidades, tal como nos dá mostra o verbete nº 25 da sua súmula jurisprudencial, *verbis*: “a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de Autarquia”. Essa posição somente tardiamente foi alterada, como registra a decisão proferida na Ação direta de Inconstitucionalidade n.º 1.949-0:

[...] é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista do art. 8.º das leis locais, que outorga à Assembléia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei – ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8.º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida.

Portanto, podemos destacar que as agências reguladoras se inserem em um quadro de redefinição do papel do Estado, orientado para mudanças operadas pelo sistema econômico sobre o jurídico, que se reflete no *modus operandi* da Administração Pública. Há um processo de descentralização determinante no marco do surgimento dessas agências, que lhes dá a nota típica da autonomia reforçada de que acima falamos.

Contrariamente aos móveis que orientaram o surgimento dessas agências no direito norte-americano⁶, no Brasil, diversos fatores concorreram para a sua formação tardia, como vimos. A sua autonomia, como nota típica, desde cedo proporcionou conflitos

⁶ Os móveis que impulsionam o desenvolvimento do direito regulatório nos EUA são bem diversos daqueles presentes no direito brasileiro. Como bem afirma Binjenbojm (2005, p. 3): “As agências reguladoras se afirmam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade”. E conclui (BINENBOJM, 2005, p. 6): “De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do status quo; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros”.

estruturais, sobretudo no campo do apego à doutrina da separação de poderes, já que tais agências são dotadas de competências normativas próprias, além da possibilidade de dirimirem conflito de interesses no âmbito do seu campo regulatório, sem prejuízo ainda da nítida competência administrativa. Entretanto, a par dessas questões históricas, que também passamos a enfrentar⁷, certo é que o paradigma do Estado Democrático de Direito revela o vértice de um ângulo, a partir do qual se projetam novos questionamentos, que tocam a legitimidade política dessas entidades e de sua atuação sob um viés democrático-participativo, inclusive no âmbito do seu controle.

3.2 Da democracia liberal à visão dialógica

Como esclarecemos acima, *a tradição liberal* tem seu substrato na idéia de liberdade individual. Assim, se as suas bases estão nas liberdades humanas, como arcabouço indispensável à realização das suas capacidades, então devem estar ao abrigo de interferências estatais ou mesmo das massas, daí resultando a idéia de liberdade negativa.

O Estado é programado para o interesse da sociedade. Esse modelo reflete conseqüências sobre a própria concepção de cidadão, cujo *status* é determinado pela medida dos direitos subjetivos que detém frente aos concidadãos e ao próprio Estado. Como afirma Jürgen Habermas, “Direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo, em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coação externas” (2002, p. 277-292). Por sua vez, o problema fundamental, no viés político, reside em equacionar o respeito a tais liberdades no governar, i.e., “como ser governado sem ser oprimido?” (VILANI, 2002, p. 40). Em função disso, certas estruturas de garantia e participação estarão presentes nos modelos liberais, tais como a representação política, a separação de poderes, o pluripartidarismo e a constitucionalidade.

Portanto, os direitos políticos conferem aos cidadãos a possibilidade de validar os seus interesses particulares, agregando-os a outros interesses privados e, afinal, transformados em uma vontade política que exerça influência sobre a Administração. Daí porque “segundo a concepção liberal, a formação democrática da vontade tem exclusivamente a função de legitimar o exercício do poder político. Resultados de eleições equivalem a uma licença para a tomada do poder governamental, ao passo que o governo tem de justificar o uso desse poder perante a opinião pública e o parlamento” (VILANI, 2002, p. 289).

⁷ Esse foco de tensão decorrente da autonomia das agências deu mostra na manifestação irredutível do Presidente Lula, por ocasião do seu primeiro mandato, no sentido de que “as agências mandam no país”, criticando o seu desconhecimento acerca das decisões que mais afetavam a população, porquanto não partiam do governo (Folha de São Paulo, 20.02.2003).

Em um balanço positivo, Maria Vilani (2002, p. 43) assevera:

O liberalismo, quando visto não somente como mero produto de interesses burgueses, pode ser reconhecido por seus grandes legados à modernidade. Ao enfatizar o direito à individualidade, ao proclamar a fecundidade das diferenças e da pluralidade de pontos de vista, forneceu as bases para os “direitos fundamentais do homem.

Ao contrário do liberalismo, *na visão Republicana*, a noção de liberdade assume conotação bem diversa, não estando posta como poder dos cidadãos de autorizar governos, mas de participar dos assuntos públicos, no sentido de autodeterminação de um povo, de escolher o seu próprio destino. Essa idéia de participação política repercute na noção de virtude cívica, a qual, juntamente com o valor atribuído à idéia de bem comum, tem servido à manifestação de novas classes de direitos, realçando também a idéia de participação popular nos assuntos do Governo, bem como a valorização da solidariedade e dos interesses coletivos (VILANI, 2002, p. 44).

Portanto, aqui, ao contrário do que ocorre na visão liberal, a política não é o elemento de intermediação entre o Estado e o cidadão; ela é constitutiva do processo de coletivização social como um todo. Enquanto na concepção liberal, o Estado se justifica pela sua função de proteção a direitos metapositivos, pré-existentes, naturais do homem; na concepção republicana ele existe para permitir a inclusão da vontade do cidadão na construção dos objetivos e normas que se voltem ao interesse comum.

Resumindo com Habermas (2002, p. 290):

Segundo a concepção republicana, a formação democrática da vontade tem a função essencialmente mais forte de constituir a sociedade como uma coletividade política e de manter viva a cada eleição a lembrança desse ato fundador. O governo não é apenas investido de poder para o exercício de um mandato sem maiores vínculos, por meio de uma eleição entre grupos de lideranças concorrentes; ao contrário, ele está comprometido também programaticamente com a execução de determinadas políticas. Sendo mais uma comissão do que um órgão estatal, ele é parte de uma comunidade política que se administra a si própria, e não o topo de um poder estatal separado.

No *modelo democrático procedimental* (ou dialógico), busca-se superar o excessivo peso ético que a visão republicana atribui ao cidadão. Aqui, busca-se a integração de elementos dos dois modelos anteriores, através de um procedimento de aconselhamento

para a tomada de decisões. “Procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes escoadouras da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei” (HABERMAS, 2002, p. 290).

Aqui, o conceito de público não é dado *a priori*. O cidadão é pró-ativo, dividindo com o Estado a responsabilidade pela sua definição. Rompe-se com essa dicotomia brutal entre o público e o privado. O Estado deixa de assumir uma posição distanciada da sociedade para construir com ela. A estrutura proposta é procedimental, dinâmica. Está ausente uma primazia vigorosa. Não se tome, com isso, uma aproximação com o modelo republicano, pois nesse último há um novo significado atribuído ao interesse público, mais independente do interesse privado e construído com base em uma vontade geral. Ao contrário, no modelo dialógico, reconhece-se uma sociedade pluralista, a qual, dada essa heterogeneidade, multiplica o plexo de valores que a permeia. Então, a virtude predominante não é aquela cívica, de orientação republicana, mas a de aprender a conviver em meio a essa diversidade, o que somente será possível através de um ambiente discursivo, em que se permita a ampla participação dos interessados.

Daí porque Habermas (1997, p. 142) afirmará que “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais”. Se essa percepção provoca críticas contra uma possível ingenuidade quanto à existência de situações ideais de fala, sobretudo nos países subdesenvolvidos, que permitam aquela participação, Alexandre Travessoni (GOMES in GOMES; MERLE, 2007, p. 69) replica:

[...] a situação ideal do discurso possui a força de uma idéia reguladora: além de servir como guia para discursos empíricos, ela torna possível criticar os resultados neles obtidos. Só podemos buscar, seja no Brasil, seja em qualquer outro lugar, um discurso empírico mais próximo das condições ideais justamente porque pressupomos as condições ideais.

E onde estaria a pertinência desse processo dialógico no âmbito da atuação das agências reguladoras independentes?

3.3 A autonomia das agências reguladoras independentes sob o viés democrático-dialógico

Como acentua Alexandre Aragão, a maior vantagem das agências reguladoras (distanciamento dos centros político-partidários de decisão) é também o seu maior risco. De fato:

[...] A insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao Poder Executivo central, do que as agências reguladoras independentes constituem o exemplo mais relevante em nosso Direito Positivo, é uma exigência da eficaz regulação estatal de uma sociedade também diferenciada e complexa. Todavia, a adoção de um modelo multiorganizativo de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação. Em outras palavras, uma das suas maiores vantagens – a distância dos critérios político-partidários de decisão, assegurada, sobretudo, pela impossibilidade do Chefe do Poder Executivo (eleito) exonerar livremente os seus dirigentes (nomeados) – é também um dos seus maiores riscos. (ARAGÃO, 2002, p. 219)

E o problema não se resolve com a afirmação de que, exatamente em razão dessa deficiência de legitimidade, a sua atuação seria meramente técnica, sob pena de, com isso, encobrirmos o problema.

José Luiz Quadros assevera que os mecanismos tradicionais de participação popular, centrados no modelo de eleições periódicas e de consultas esporádicas (plebiscito e referendo), não dão conta em uma sociedade permeada por processos tecnológicos de comunicação de massa, em tempo real e em âmbito global, que viabilizam a abertura de novos mecanismos de diálogo.

A manter-se aquele modelo, o que se constata é um jogo de forças para a conquista e manutenção do poder, que acaba por asfixiar o diálogo, sobretudo na ausência de participação no processo de representação democrática, em face da inexistência de efetiva representatividade e ineficácia da atuação do Poder Público.

Configura-se um quadro de inação participativa que, dentre outras origens, tem a sua fonte na supressão de espaço democrático no âmbito da definição das políticas pertinentes aos serviços públicos, usurpada sob o fundamento de tratar-se de âmbito de atuação técnico-administrativo, acobertando um discurso sintaticamente excludente, por, em tese, desautorizar a opinião popular. Daí o lançamento da seguinte questão pelo citado autor: seria possível estabelecer uma dicotomia forte entre gestão administrativa e funções de governo, a justificar a centralização dessas últimas no âmbito político e as primeiras em instâncias técnicas independentes?

Para ele, a definição das linhas mestras das políticas públicas de investimento, econômicas, de saúde e de educação, próprias da função de governo não poderiam ser usurpadas pelas denominadas agências reguladoras, de inspiração norte-americana, que, sob a justificativa da administração técnica, acabam por definir políticas públicas, sob o manto excludente da tecnicidade de suas funções. Confira:

A questão que nos interessa é que, para regular estes serviços públicos privatizados, e, portanto, sujeitos aos interesses privados que se impõem na prática aos interesses do público, criou-se agências reguladoras, que passaram a assumir competências de escolhas e definições de políticas públicas destes setores, claramente usurpando funções de governo, e portanto, usurpando funções democráticas, o que não tem amparo constitucional. (MAGALHÃES, 2004, p. 5)

Já se disse acima que, a despeito da denominada independência das agências, o que se verifica é uma autonomia reforçada, exatamente porque, mesmo diante da impossibilidade de demissão *ad nutum* dos seus dirigentes, assegurando-lhe amplo espectro de liberdade na persecução dos fins regulatórios da agência, ela deve obediência às linhas mestras traçadas pelas políticas governamentais, ao que essa dicotomia maniqueísta entre administração técnica e governo democrático se dissolve. Além disso, “nem toda atividade dos reguladores é ditada apenas por sua expertise, algum canal de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências deve existir, como exigência mínima de um /estado democrático” (BINENBOJM, 2005, p. 12).

Concordamos com Fátima Anastásia (2002), quando salienta que o grande desafio da democracia contemporânea é a institucionalização de mecanismos contínuos de participação política que viabilizem o controle dos governantes pelos governados, que não se limitem a um processo de *accountability* vertical somente presente nos momentos eleitorais. Ademais, é preciso reforçar a idéia de que o mecanismo participativo de decisão por maioria pode não refletir adequadamente esse processo participativo, daí porque o *status* representativo deve vir acompanhado de um crescente nível participativo, que suprima o oligopólio da participação política pelos partidos.

A soberania popular não pode prestar-se a fundamentar ideologias dominantes e oligopólios, como se tudo pudesse ser feito em nome daquele povo icônico a que se referia Friedrich Müller, descontextualizado das nervuras do real. Ainda atual aquela advertência formulada pelo autor mencionado, no sentido de devermos “Compreender a soberania popular não como fórmula gasta de legitimação, mas como a ferida aberta do estado constitucional moderno” (MÜLLER, 2000, p. 36).

Assim, é mister reconhecer que as democracias contemporâneas enfrentam ainda o desafio da sua efetiva implementação como um processo contínuo de participação e de controle dos governantes pelos governados⁸. Embora esses traços já se mostrem

⁸ Aqui novamente realçamos a inexistência de uma distinção forte entre a função de governo e a atuação das agências reguladoras, aplicando-se o desafio mencionado tanto no contexto da atuação dessas entidades, como no seu controle.

desde a instituição do mecanismo de freios e contrapesos, aí se vêem limitados por restringirem-se ao plano horizontal. Nas democracias contemporâneas, a verticalidade desse processo (*accountability*) somente se constata nas eleições, sendo, portanto, descontínua. Por isso, impõe-se a criação de instituições que viabilizem o exercício do controle público dos governantes pelos governados nos interstícios eleitorais. No âmbito do Brasil, constituições e leis orgânicas dão mostra dessas instituições quando prevêm a participação popular na elaboração dos orçamentos públicos – orçamento participativo, audiências públicas, iniciativa popular, seminários legislativos e fóruns técnicos.

Esses mecanismos dão mostra da necessidade e da possibilidade de, servindo ao propósito da participação democrática na atuação e no controle das agências reguladoras independentes, criarmos espaços dialógicos de acompanhamento da sua ação.

Já não podemos mais contentarmo-nos com um programa liberal, tampouco sobrecarregar aquele ideal de virtude cívica republicana, sendo importante a abertura de canais de participação dialógica entre o cidadão, o governo e o administrador público, a fim de que aquela dimensão plural da sociedade seja conciliada com o exercício de uma democracia efetivamente participativa e construtora de um ideal dinâmico de vida comum.

E de que forma poderíamos efetivar esse caro ideal, no âmbito das agências reguladoras independentes? Que alternativas seriam palpáveis á consolidação desse objetivo?

Como bem ressalta Gustavo Binenbojm (2005, p. 15), “[...] de parte os mecanismos de controle exercidos pelos poderes instituídos, a participação dos cidadãos se apresenta como a mais alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes”.

Assim, a participação dialógica, como modelo habermasiano de superação do monopólio da gestão administrativa, mesmo quando fundado no argumento da discricionariedade técnica, bem poderia ser introduzida por mecanismos tais como audiências públicas de instâncias sociais técnicas, como as universidades, para a definição das denominadas “políticas técnicas”. Também a maior democratização dos previstos conselhos consultivos, que se abririam a uma composição plural, integrados por representantes das operadoras dos serviços regulados, dos poderes Legislativo e Executivo, usuários e partidos políticos, fixando a sua competência para a análise e fiscalização⁹ da atuação das agências, inclusive no que tange ao seu poder normativo.

⁹ Aliás, como determina a Constituição, em seu art. 37, § 3.º, introduzido pela EC 19/98.

A realização de consultas públicas prévias e *a posteriori*, referentes aos projetos de relevância das agências também se enquadra entre os mecanismos participativos.

Há que se destacar ainda a necessidade de ampla publicidade dos mecanismos de possível participação popular na atuação das agências, a qual contribuiria sobremaneira no papel educativo, no contexto da cidadania e da democracia participativa, em uma sociedade ainda sem expressão nessa seara, como bem dão conta as pesquisas envolvendo os conselhos gestores municipais.

4. Conclusão

1. No marco do Estado Contemporâneo, já não se tem espaço para a atuação estatal burocrática, auto-referente, fragilizada pelo predomínio da corrupção e da ineficiência. O Estado, assoberbado pelas demandas sociais, revê o seu papel como agente econômico e passa a prestigiar o fomento e a regulação, em detrimento da atuação direta na economia.

2. A interação entre os sistemas jurídico e econômico estabelece a exigência de uma nova estrutura de atuação estatal, mais ágil para enfrentar as nuances desse mercado altamente cambiante, além de exigir um estreito compromisso com o princípio da eficiência.

3. Os novos tempos reclamam ainda atenção ao pluralismo de valores co-existentes na sociedade, a exigir um modelo já não mais centrado no ideal liberal de proteção de liberdades pré-existentes à comunidade jurídica e que devem estar ao abrigo de toda e qualquer influência estatal. Tampouco o avanço do modelo republicano pode dar conta dessas transformações. Buscando a superação do excessivo peso ético que atribui ao cidadão, instaura-se a idéia de um perfil procedimental, de inspiração habermasiana, em que se rompe com uma posição distanciada entre o público e o privado, havendo um novo significado atribuído ao interesse público, já não mais como expressão de uma simples vontade geral, mas, pautando-se no reconhecimento de uma sociedade plural, incita a convivência em meio à diversidade, através de um ambiente dialógico, em que se permita a ampla participação de todos os interessados.

4. As agências reguladoras, fruto desse novo tempo, são portadoras apenas de uma autonomia reforçada, porque, conquanto submetidas a um estatuto de independência, que lhes assegura um amplo aspecto de liberdade na persecução dos seus fins, estão vinculadas às linhas mestras traçadas pelas políticas governamentais, o que acaba por fazer ceder a dicotomia maniqueísta entre administração técnica e governo democrático.

5. O distanciamento das agências dos centros políticos, de grande vantagem do modelo, acaba por representar também o seu maior perigo, a saber, a delimitação de um quadro deficitário no campo da legitimidade democrática, sobretudo se constatarmos o plexo de competências que lhes são atribuídas, as quais se enquadram no âmbito administrativo, normativo e da pacificação de conflitos de interesses.

6. O resgate dessa legitimidade pode ser viabilizado por meio da introdução de mecanismos de participação dialógica, próprios a uma atuação administrativo-governamental procedimental, tais como: a instauração de procedimentos de consulta popular sobre ações de ampla repercussão social, a previsão de um colegiado de participação permanente, com formação plural, a ampla publicidade da sua atuação, dentre outros.

5. Bibliografia

ANASTASIA, Fátima. Teoria democrática e o novo institucionalismo. *Cadernos de Ciências Sociais*. Vol. 8, n. 11. Belo Horizonte: PUC-MINAS, dez/2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, n. 1, fevereiro, 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Salvador, n. 3, agosto/out. 2005. Disponível em :<http://www.direitodoestado.com.br>

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos et ORTIZ, Gaspar Ariño. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DUGRIP, Olivier. *Les autorités administratives indépendantes*. La Documentation Française: Droit Administratif et Administration, 1988.

GOMES, Alexandre Travessoni. O rigorismo na ética de Kant e a situação ideal do discurso de Habermas – um ensaio comparativo. In: GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. *A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 277-292.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Agências reguladoras: a inconstitucional usurpação da política democrática pela ditadura da técnica. *Jus navegandi*, Teresina, ano 8, n. 430, 10 set. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5678>>.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 3. ed. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 21-38.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos. In: *Cadernos de Ciências Sociais*, vol. 8, n. 11. Belo Horizonte: PUC-MINAS, dez/2002.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A interpretação do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1998.