

A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Lucas de Souza Lehfeld

Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP

Faculdades Integradas Fafibe

lehfelrp@gmail.com

Paulo Eduardo Lépore

Advogado. Especialista em Direito Constitucional.

Complexo Jurídico Damásio E. de Jesus

paulolepore@hotmail.com

Resumo: A eficácia do exercício funcional das agências reguladoras relaciona-se diretamente com o fortalecimento e ampliação dos instrumentos democráticos de participação cidadã na esfera pública. Contudo, a viabilidade dessa participação na condução da política regulatória pressupõe uma cultura pública, pressuposto para o enfrentamento do autoritarismo social – baseado na obscuridade e uso de critérios tecnoburocráticos na conduta administrativa – e da apropriação do público pelo privado. Nesse sentido, o atendimento ao interesse público e a eficácia da prestação de serviços essenciais, agora nas mãos da iniciativa privada, dependem de um sistema regulatório que proponha um constante diálogo com a sociedade, no exercício da cidadania, em especial de participar das decisões do Poder Público

Palavras-chave: Agências; Regulação; Cidadania; Participação; Democracia

Introdução: a crise da Administração Pública e o processo de “agencificação”

Após o Programa Nacional de Desestatização, cujo marco normativo deu-se com a edição da Lei nº 8.031/90, revogada pela Lei nº 9.491/97, formalizou-se uma mudança na mentalidade administrativa referente à sua intervenção no domínio econômico. O Estado padecendo diante das dificuldades quanto à execução de obras e serviços públicos, necessitava de uma gestão pública caracterizada pela eficiência e voltada para resultados. Diante desse cenário, paulatinamente, houve a transferência de bens e serviços do setor público para o setor privado.

A instituição das agências reguladoras no Brasil deu-se nesse contexto, contudo, muito ainda se discute sobre os instrumentos de controle e fortalecimento com relação à autonomia dessas entidades, buscando-se hoje, uma efetiva participação cidadã.

Na atual sociedade complexa, exercer a cidadania é não estar submetido a amarras quando da participação no processo político, bem como não encontrar óbices quando, perante a Autoridade Pública, se for exigir a efetiva distribuição da justiça social.

1. Democracia participativa: os instrumentos de controle social das agências reguladoras

No campo regulatório de serviços públicos recém-desestatizados, apontam-se, como formas de legitimação das agências reguladoras, os instrumentos processuais de controle social, especialmente os esculpidos pelo ordenamento jurídico-constitucional, a fim de resguardar os princípios inerentes à prestação estatal (outorgada à iniciativa privada) de interesse público e, consequentemente, os direitos fundamentais do usuário.

Em espécie, pode-se salientar que há instrumentos de controle social não-jurisdicionais e jurisdicionais. Na primeira seara, a Constituição de 1988 abarca os *direitos de receber informação e de petição* (art. 5º, XXXIII e XXXIV, “b”).

Já o segundo grupo se representa v.g. pelas *audiências e consultas públicas* que, infelizmente, não têm apresentado resultados efetivos na condução da política regulatória proposta pela Administração Pública, tanto pela falta de divulgação quanto pela complexidade dos temas colocados à discussão.

O plebiscito, o *referendum* e a iniciativa de lei são também instrumentos de participação popular, não-jurisdicionais, previstos na Lei Maior, que refletem outra possibilidade de aproximação do cidadão aos negócios do Estado. Hodernamente, com a crise da democracia representativa (ou indireta), esses institutos merecem maior importância, concebidos sob a idéia de cidadania plena e participativa. Também coadunam-se como instrumental de controle social, mas com clara dificuldade de efetivação, pelos condicionamentos impostos pelo próprio regramento constitucional.

Em verdade, o processo de fortalecimento da democracia participativa prescinde, notoriamente, por recursos tecnológicos que proporcionem, por um lado, amplo acesso do cidadão a esses instrumentos democráticos e, por outro, a redução dos custos de instrumentalização dessa aproximação entre Estado e cidadão. Note-se que, a consulta pública por meio de sistemas de informação, como a Internet, tem surtido resultados expressivos em países tanto da América Latina como também do continente

europeu, indicativos claros de que há possibilidade de incremento na participação cidadã no Estado Nacional.

2. Preceitos constitucionais de proteção dos direitos fundamentais do cidadão: direito de informação e de petição; plebiscito; referendo; ação popular; mandado de segurança; *habeas data* e ação civil pública.

Fundamental pilar de sustentação do rol de instrumentos democráticos de controle e fiscalização da Administração Pública, a *actio popularis* importa em fundamental defesa jurisdicional do cidadão frente à ilegalidade e lesividade de ato praticado ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A utilização da ação popular importa em agilidade à função jurisdicional, já que o Poder Judiciário tem a oportunidade, nessa modalidade processual coletiva, por meio de uma única sentença, resolver controvérsia que demandaria uma diversidade de sentenças individuais. Ademais, tal tutela coletiva materializa o direito fundamental ao devido acesso à jurisdição, inclusive para aqueles que se encontram na situação fática, em razão de sua condição econômica, marginalizados.¹

A ação popular, portanto, apresenta-se como evidente instrumento de participação da população na gestão das agências. Tal possibilidade decorre de seu objeto (ato ilegal e lesivo ao patrimônio público) e da própria amplitude do rol de pessoas previsto no art. 1º da Lei 4.717/65, que certamente inclui as agências, autarquias de regime especial, como sujeitos passivos da referida ação.

Ressalte-se ainda que, remédios constitucionais como mandado de segurança e *habeas data* também podem ser acionadas no intuito de tutelar os direitos fundamentais do cidadão diante da autoridade exercida pelas agências reguladoras.

Inovou a Constituição de 1988 ao dispor, no art. 5º, LXX, o mandado de segurança coletivo. Nessa nova roupagem, torna-se ação competente também para a tutela de direito coletivo, qual seja, pertencente a uma coletividade ou categoria representada por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

¹ Cf. STJ – MS nº 5.187-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24.09.97.

Outra novidade do texto constitucional de 1988 é a presença do *habeas data*, designado para assegurar o conhecimento de informações pessoais do impetrante (pessoa física ou jurídica) constadas nos registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, como também para a devida retificação (e supressão) de tais dados, quando inexatos, conforme dispõe o art. 5º, LXXII, “a” e “b”.

Pacífica é a possibilidade de aplicação da referida garantia constitucional na defesa do usuário frente às agências reguladoras.

Já a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24.07.85, permite a defesa de interesses transindividuais relativos ao meio ambiente, consumidor, patrimônio público, social e cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), a infrações com relação à ordem econômica, urbanística e quaisquer outros interesses difusos ou coletivos.

Note-se que, a moralidade administrativa é pressuposto no exercício do cargo pelos diretores dessas autarquias de regime especial. Pelo fato de deterem atribuições legais amplas e com assegurada independência, o cuidado em fiscalizá-los deve ser redobrado, o que importa ao Ministério Público fundamental papel nesse cenário. Sob o manto, portanto, da Lei de Improbidade Administrativa, essa instituição essencial à Justiça, por meio da ação civil pública, tem o dever de requerer ao Poder Judiciário a sanção a atos de agente público, servidor ou não, que atentem contra a Administração Pública direta e indireta ou fundacional de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Considerações Finais

A eficácia do exercício funcional das agências reguladoras relaciona-se diretamente com o fortalecimento e ampliação dos instrumentos democráticos de participação cidadã na esfera pública. Contudo, a viabilidade da participação da sociedade civil na condução da política regulatória capitaneada pelas agências, pressupõe uma cultura pública, pressuposto para o enfrentamento do autoritarismo social – baseado na obscuridade e uso de critérios tecnoburocráticos na conduta administrativa – e da apropriação do público pelo privado. Baliza-se, nesse sentido,

pelos princípios da transparência, responsabilidade e moralidade administrativa, em sede de regulação de serviços públicos, o que leva à construção de mediações sociopolíticas e de decisões viáveis por parte das agências reguladoras.

Assim, a institucionalização das agências reguladoras, como instrumentos de tutela do desenvolvimento socioeconômico de setores estratégicos e de interesse coletivo, em consonância com os princípios constitucionais da ordem econômica atual, além de vincular-se ao reconhecimento de sua autonomia como *conditio sine qua non* da eficácia do seu exercício funcional também prescinde pelos instrumentos processuais de controles juspolíticos e sociais revelados somente por um regime democrático efetivamente participativo.

Bibliografia

- AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. Ação popular na Constituição brasileira. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 76, 1985.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA, Sandra Pires. Direito à informação e controle social da atividade econômica. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 225, jul/set. 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 2 ed. São Paulo: Ed. Ática, 1996.
- BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 38, [s. d.].
- CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luiz A. C. (Org.). *Hermenêutica, cidadania e direito*. Campinas: Millennium, 2005, cap. I.
- CAMPELO DE MELO, Marcus André Barreto. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOC, n. 116 (46), 2001.
- DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, RT, ano 9, n. 37, out/dez. 2001.
- GARCIA, Maria. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, RT, n. 30, 2000.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. 2 ed. São Paulo: Ed. Forense, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PACHECO, Regina. El control de las agencias reguladoras en Brasil: ¿Ulises e las sirenas o Narciso? *Responsabilización y evaluación de la gestión pública*. Caracas: CLAD, 2005.

SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2002.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998.