

O PODER NORMATIVO DOS ENTES REGULADORES E A PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NESTA ATIVIDADE. SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO*

I — A Constituição Federal de 1988 e o direito fundamental ao serviço público adequado — II — Administração pública e serviços públicos — III — Regulação e princípios do serviço público — IV — Participação dos cidadãos na atividade dos entes reguladores.

I — A Constituição Federal de 1988 e o direito fundamental ao serviço público adequado

Não há como abordar o tema que oferece título ao presente trabalho, sem antes discorrer sobre a questão de fundo que diz respeito à própria noção de serviço público. No Direito brasileiro, a atividade administrativa de prestação de serviços públicos encontra-se intimamente ligada aos postulados constitucionais. A Constituição Federal de 1988, tendo em vista o princípio federativo, divide a competência administrativa em matéria de serviços públicos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O artigo 21 elenca, dentre as competências da União, variados serviços públicos, dispostos notadamente nos incisos X e XI¹; no § 2º, do art. 25 que atribui

1 "Art. 21 — Compete à União: X — manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidro-energéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial

* Doutor em Direito do Estado. Professor da UFPR e da PUC/PR. Advogado.

aos Estados-Membros a competência para exploração de gás local canalizado² e no inc. V, do art. 30, que confere aos Municípios a prerrogativa para explorar os serviços públicos de interesse local, inclusive o de transporte coletivo urbano, que tem “caráter essencial”³.

Geraldo ATALIBA já afirmava, com precisão, que embora não haja uma “definição ecumênica de serviço público, há indicadores na Constituição, revelados pela doutrina e pela jurisprudência, que são as balizas que permitem ao intérprete, em cada caso, saber se está diante de serviço público ou não.”⁴ Essas balizas constitucionais decorrem notadamente, do art. 175, da Constituição Federal, segundo o qual “*Incumbe ao Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*” O parágrafo único desse dispositivo prescreve, ainda que, “*A lei disporá sobre: I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II — os direitos dos usuários; III — política tarifária; IV — a obrigação de manter serviço adequado.*”

Com efeito, o art. 1º, da Constituição pátria estabelece que a “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania; a cidadania, a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político*”. Se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos no Estado, o interesse perseguido no exercício da função administrativa encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.

Constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas⁵, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais. Como lembra Carlos Alberto DA MOTA PINTO, os serviços oferecidos pelo Estado ao cidadão constituem “meios de Direito

e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”

2 “§ 2º — Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

3 “Art. 30 — Compete aos Municípios: V — organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

4 ATALIBA, Geraldo. *Empresas estatais e regime administrativo: serviço público — inexistência de concessão — delegação — proteção ao interesse público*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.4, p.61, 1993.

5 Segundo Jorge MIRANDA, a função administrativa identifica-se, a partir do critério material, como a atividade de “satisfação constante e quotidiana das necessidades coletivas; prestação de bens e serviços.” MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra: 1997. p. 23. Tomo V: Actividade constitucional do Estado.

Público, como aliás o próprio Estado, são, numa visão personalista, estruturas instrumentais a serviço da pessoa humana. Toda a sua aparelhagem visa criar condições que facilitem ou melhorem a realização da personalidade na vida dos homens.”⁶

É imperioso retomar os parâmetros da definição clássica de serviço público⁷ cunhada por León DUGUIT — serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante⁸ — Gastón JEZE — processo técnico para a satisfação de interesses gerais, submetido a um regime jurídico especial de prerrogativas de autoridade⁹ — e Maurice HAURIU — serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua, para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública¹⁰ — a fim de acentuar a *instrumentalidade do serviço público* em relação aos direitos fundamentais, *meio* que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu *fim* na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Daí porque, revelar-se desarrazoado inadmitir, sob qualquer pretexto, a participação do cidadão no controle das atividades públicas.

A doutrina administrativa brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer, no inciso IV, do artigo 175, da Lei Fundamental de 1988¹¹, o *direito fundamental ao serviço público adequado*, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer “utilidades ou comodidades materiais”¹² consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade. Assim, Carmem Lúcia ANTUNES ROCHA, defende que todo o cuidado do ordenamento jurídico com “a forma de prestação do serviço público justifica-se pela circunstância de a própria Constituição ter configurado o direito do cidadão (usuário) ao *serviço público adequado*”¹³. No mesmo sentido, Adilson ABREU DALLARI afirma que “o direito ao uso dos serviços é um dos direitos fundamentais do cidadão.”¹⁴

6 MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 43.

7 Segundo Juan Carlos CASSAGNE, a concepção de serviço público concebida por HAURIU volta a constituir um dos pontos centrais do Direito Público moderno, despojado da ideologia socialista que lhe imprimiu a Escola de Burdeos. CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depálma, 1995. p. 99.

8 DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing e C. Editeurs, 1923. p. 55. Vol. II.

9 JÉZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1934. p. 2. Vol. I.

10 HAURIU, Maurice. Apud CASSAGNE, op. cit., p. 99.

11 “Art. 175. Parágrafo único. A lei disporá sobre: IV — a obrigação de manter serviço adequado.”

12 “Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o substrato material do serviço público consiste na prestação de utilidades ou comodidades materiais fruíveis diretamente pelos administrados. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 479.”

13 “ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 32.”

14 “DALLARI, Adilson Abreu. *Direito ao uso dos serviços públicos*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 215, 1996.”

É com esse espírito — sob a influência do direito fundamental ao serviço público adequado — que deve ser levada a efeito a *releitura* dos artigos da Constituição brasileira que versam sobre os serviços públicos, notadamente em momento tão crucial, em que parte da doutrina brasileira levanta-se contra o *caráter público do regime do serviço público* e passa a defender e a desenvolver técnicas de transferência da execução do serviço público a particulares que podem ser usadas como subterfúgio à *fuga para o Direito Privado*.¹⁵

No direito brasileiro, a discussão sobre o regime jurídico do serviço público tem suscitado acalorados debates, principalmente a partir da Lei 9472/97 que, ao regulamentar o inciso XI, do artigo 21 da Constituição Federal — “Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” — estabeleceu que os serviços de telecomunicações podem ser prestados no regime público ou no regime privado, isolada ou concomitantemente, definição do Presidente da República.¹⁶

Cumprido, portanto, traçar, em linhas gerais, os princípios constitucionais do serviço público, impressos na Constituição Federal de 1988, que serão determinantes

15 Sobre o tema, a bela monografia portuguesa de Maria João ESTORNINHO que, analisando o tema, afirma que “ao longo dos tempos, a Administração Pública passou de uma fuga quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o Direito Privado, procurando escapar às vinculações jurídico-públicas que normalmente enquadram a sua actuação.” Ainda, explica que no Estado Absoluto, o Direito Privado era a ‘cara boa’ da Administração porque era sua face do ‘Fisco’ que se sujeitava a regras jurídicas, ao lado da ‘cara má’ representada pelo ‘Estado propriamente dito’ que, dotado de soberania, não se sujeitava ao Direito. Hoje, o Direito Privado é a ‘cara má’ da Administração porque é o mecanismo encontrado para fugir das vinculações jurídico-públicas. A atual promiscuidade entre o Direito Público e o Direito Privado tem acarretado a perda da consciência da unidade física do corpo administrativo — é o fenómeno do ‘fantasma do corpo desconjuntado’. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 355.

16 Conferir, nesse sentido, os artigos 63 a 67, da Lei 9.472/97. Cumprido citar, para a clareza da exposição, os artigos 63 a 66: “Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral. Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação: I — exclusivamente no regime público; II — exclusivamente no regime privado; ou III — concomitantemente nos regimes público e privado. §1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização. Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade de sua prestação no regime público.”

para a interpretação do seu regime jurídico. Neste ensaio, o tema será tratado com referência à competência regulatória exercida pela Administração Pública na execução de serviços públicos por particulares.

II — Administração pública e serviços públicos

O ordenamento jurídico brasileiro admite a participação de particulares na execução de atividades administrativas ligadas ao oferecimento de utilidades ou comodidades materiais aos administrados. O Estado pode prestar *diretamente* o serviço público (mediante órgãos ou pessoas jurídicas criadas para esta finalidade mediante delegação legal), ou *indiretamente*, por meio de concessão ou permissão a empresas particulares.¹⁷

A outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação. Não importa transformação do serviço em privado. O prestador do serviço trava com o Estado uma relação jurídica de colaboração¹⁸, permanecendo com o Poder Público a titularidade do serviço. Como captou a pena arguta de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “para o concessionário, a prestação do serviço é o meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço.”¹⁹

O prestigiado jurista brasileiro, tem defendido, fervorosamente, que o traço formal, que caracteriza o serviço público, é a submissão ao regime jurídico administrativo. Por essa razão, o autor é categórico em asseverar que a sua exploração por particulares não tem o condão de transformá-lo em atividade econômica. Afinal, o serviço público não é passível de privatização. Nestas circunstâncias, a concessão

17 Nesse sentido, a doutrina de Adilson ABREU DALLARI: “haverá uma concessão de serviço público, nos termos do art. 175 da CF, quando o Poder Público decidir pela prestação de serviços públicos de maneira indireta, conferindo sua execução a uma terceira pessoa, a uma entidade que não é um prolongamento personalizado do próprio concedente, a uma entidade que, exatamente por não estar sob seu controle, pode contratar com o Poder Público. Por outro lado, não haverá concessão quando o Estado criar uma entidade para funcionar especificamente como instrumento de sua ação, para desincumbir-se precipuamente de prestar um’ serviço cuja execução cabe ao próprio Estado criador desta entidade.” DALLARI, Adilson Abreu. Empresa estatal prestadora de serviços públicos: natureza jurídica: repercussões tributárias. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 94, p. 103-104, abr./jun. 1990. Ressalte-se que há também a possibilidade de concessão a empresas públicas quando esta seja criatura de pessoa política não titular do serviço. Por exemplo, uma empresa de um Estado-Membro que presta serviços públicos federais. Assim, a lição de Geraldo ATALIBA (op. cit., p. 67).

18 Para Agustín GORDILLO, “o contrato de concessão é um contrato administrativo de colaboração porque seu objeto é a realização, pelo concessionário, de uma atividade que se relaciona diretamente ao interesse público”. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. XI-46. Tomo I.

19 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 508.

e a permissão são institutos regidos pelas regras e princípios do Direito Administrativo.²⁰

De outro lado, Maria Sylvia ZANELLA DI PIETRO e Lúcia VALLE FIGUEIREDO, destacadas cultoras do Direito, ao referirem-se ao regime do serviço público, tornam a submissão ao Direito Administrativo mais elástica. DI PIETRO define o serviço público como “atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”²¹ Lúcia VALLE FIGUEIREDO, ao seu turno, como “atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.”²²

No outro vértice, Carlos ARI SUNDFELD defende que a Constituição não vincula serviço público a regime jurídico administrativo, de forma que o Legislador é livre para definir o regime — público ou privado:

“A propósito, está em curso no Brasil um debate, um tanto surdo, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade ‘estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita em regime privado, o que foi previsto nas leis de reestruturação, com o intuito de introduzir a desregulação parcial desses setores (por meio de mecanismos como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a flexibilização dos preços, a ausência de garantia de rentabilidade etc.).

Alguns de meus colegas consideram que isso seria contrário à Constituição, pois dela decorreria o caráter necessariamente público da exploração por particulares, das atividades reservadas ao Estado. Esse argumento baseia-se na crença de que existiria, implícito nas dobras constitucionais, um regime jurídico único para a exploração de serviços estatais (que mereceria o qualitativo de ‘público’). Quanto a mim, não consigo, ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e os deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público.”²³

Não podemos concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedi-

20 Conferir, principalmente: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Privatização e serviços públicos*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 22, 1998.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.98.

22 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 54-55.

23 SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal*. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33.

cado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo²⁴, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*).²⁵ Estes princípios devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública Direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que compõem a Administração Pública indireta), mas também pela Administração em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público.

III — Regulação e princípios do serviço público

Segundo Luis Roberto BARROSO, a privatização das empresas estatais que exploravam serviços públicos acarretou uma drástica transformação no papel do Estado porque “em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto que surgem, como personagens indispensáveis, as *agências reguladoras*.”²⁶

As Emendas Constitucionais nº 8 e nº 9 de 1995 previram, respectivamente, a criação de um “órgão regulador” dos serviços de telecomunicações e das atividades elencadas no art. 177, relativas à exploração do petróleo, que constituem monopólio da União. A Lei 9.472/97 criou a ANATEL — Agência Nacional de Telecomunicações — e a Lei 9.478/97, a Agência Nacional do Petróleo. Leis posteriores previram a criação de outras Agências Reguladoras.

A competência reguladora das Agências, autarquias que integram a Administração Pública indireta, envolve a tarefa de expedir normas sobre a prestação de serviços públicos ou sobre o exercício de atividades econômicas, sempre subordinada aos preceitos legais e regulamentares.²⁷ Revela-se bastante discutível a posição adotada por alguns juristas brasileiros que vêem na competência reguladora da Agência uma capacidade para produção de atos normativos primários, dotados de força para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico. Afinal, aceitar a transferência de funções legislativas ou mesmo regulamentares à pessoas jurídicas

24 OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho administrativo*. S. ed. Madrid : Pizarro, 1955. p. 476.

25 O princípio da eficiência foi inserido pela recente reforma administrativa, operada pela Emenda Constitucional 19, de 1998.

26 BARROSO, Luis Roberto. *Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos*. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 25, p. 77, 1999.

27 Regulamentos que Presidente da República expede para fiel execução das leis mediante decretos (atos administrativos normativos), conforme o inc. IV, do art. 84, da Constituição Federal (“Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: IV sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”).

que integram a Administração Pública poderia importar, no regime brasileiro, quebra do princípio da separação de poderes, erigido à cláusula pétrea e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional (inc. III, § 4º, do art. 60²⁸). Perceba-se, como refere com rara oportunidade Leila CUÉLLAR,²⁹ que inicialmente, os próprios tribunais norte-americanos entenderam que o poder legislativo, conferido ao Congresso pela Constituição, não poderia ser delegado.

Consagrou-se, assim, o princípio da não delegação (*non delegatio*), segundo o qual qualquer delegação de poder normativo pelo Poder Legislativo seria inconstitucional. Aduz a prestigiada autora, ainda aludindo ao direito norte-americano, que a doutrina da não delegação cedeu à razão prática. Além da necessidade que tinham as agências de editar normas para implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo, em diversas oportunidades, não detinha aptidão para legislar sobre todas as matérias atinentes às agências, em face do volume e especificidade das mesmas.

Concordamos com Leila CUÉLLAR, quando esta autora afirma que a natureza da competência legislativa das agências reguladoras no Brasil não retrata e nem importa em delegação de poderes legislativos. A própria concepção constitucional do ato de delegar (outorga excepcional e temporária) não seria compatível com a natureza jurídica das agências reguladoras.

Malgrado reconheçamos que a competência regulamentar não é exclusiva das Chefias de Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais), é curial seja observado que os órgãos da Administração detentores do poder regulamentar, o exercem sob certos limites.

“No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo (i) inovar de forma absoluta, ‘ab ovo’, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrição à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário.”³⁰

Inexiste no conjunto normativo brasileiro, lei definindo o que seja agência reguladora ou agência administrativa. A própria lei criadora da agência se encarrega de tentar oferecer uma definição que, geralmente, acaba se circunscrevendo à própria atuação do ente que houve por bem criar.

De todo o modo, às Agências reguladoras de serviços públicos incumbe fiscalizar e reprimir, administrativamente, toda forma de atentado aos princípios que norteiam a exploração do serviço público. É importante reforçar o seu papel de

28 “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III — a separação dos poderes”.

29 CUÉLLAR, Leila, “As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo”, Ed. Dialética : São Paulo, Brasil, 2000. pág.72

30 op. cit. pág.142

“guardiã do interesse público”. Como acentua o jurista carioca Luis Roberto BARROSO, “as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas: o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação dos serviços³¹. Ocorre, todavia, que quando eles eram prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente desempenhadas. Agora, todavia, a separação mais nítida entre o setor público e o setor privado revigora este papel fiscalizador.”³²

IV — Participação dos cidadãos na atividade dos entes reguladores

Na Constituição brasileira de 1988, ganha relevo a costura de princípios explícitos e implícitos que se assentam numa base antropológica comum: o princípio da dignidade da pessoa humana. Em vários de seus dispositivos a Carta brasileira consagra a participação dos cidadãos em atividade desempenhadas pelo Poder Público e seus desdobramentos. Confira-se, v.g. o disposto no art. 37, § 3º, da Constituição Federal assegurando a edição de lei para regular as formas de participação do cidadão usuário na Administração Pública, direta ou indireta, através de reclamação quanto à prestação de serviços público em geral, impondo a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica externa e interna, da qualidade dos serviços. O mesmo preceptivo constitucional garante o acesso do cidadão usuário a registros administrativos e a informação sobre atos de governo e impõe a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Acresça-se à estas constatações, a previsão, na Carta Constitucional, da responsabilidade objetiva do Estado extensiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º). Por evidente que, todas essas prerrogativas reconhecidas aos usuários do serviço público no Brasil, estendem-se, em termos de obrigação, às Agências reguladoras.

No plano da legislação ordinária, existe previsão de controle social como meio de garantir a participação popular na Administração Pública. Várias são as formas de participação popular nas Agências reguladoras, sendo imperioso referir: a) a criação de ouvidorias, para receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas por agentes regulados e usuários e consumidores, bem como propor medidas para atendê-las;³³ b) a previsão de audiências públicas que ao mesmo tempo que concretizam o princípio da publicidade, viabilizam a participação de indivíduos ou grupos determinados expondo suas idéias, preferências e sugestões que propiciem à Admi-

31 Aduzimos nós: Até pela própria atuação que lhe cabe mediante a utilização do Poder de Polícia.

32 BARROSO, op. cit., p. 77.

33 Ver, entre outros, os arts. 50 e seguintes do Regulamento da Anatel; art. 8º § 1º do Regulamento da Anel, arts. 25 e seguintes do Regulamento da Anvisa; arts. 18 e seguintes do Regulamento da ANS.

nistração Pública decidir com maior probabilidade de acerto;³⁴ c) a previsão de contrato de gestão a possibilitar o controle da ação administrativa da agência, bem como da avaliação de seu desempenho junto à comunidade destinatária de sua atuação;³⁵ d) finalmente, a previsão da existência de um Conselho Consultivo, com função opinativa, onde se denota a representação e participação da sociedade.³⁶

A Administração Pública, como visto, tem por função precípua gerir a *res publica*, a coisa pública. O grande desafio das Agências reguladoras está em impor a efetivação dos dois princípios basilares do regime jurídico do serviço público: a universalidade e a continuidade. Serviço *acessível para todo o público, sem paralisações ou suspensões injustificadas ou irrazoáveis*: trilhando esse caminho teremos condições de proteger e concretizar, cada dia mais, os direitos fundamentais do cidadão consagrados na Constituição brasileira.

34 Ver, entre outros, o art. 21 do Regulamento da Aneel; art. 22 do Regulamento da ANP; o Regulamento da Anatel, refere a possibilidade de consultas públicas a propósito das minutas de atos normativos.

35 Ver art. 7º da Lei nº 9.427/96 e art. 20 do Regulamento da Aneel.

36 Ver, entre outros, o art. 21 do Regulamento da Aneel; art. 22 do Regulamento da ANP; o Regulamento da Anatel, refere a possibilidade de consultas públicas a propósito das minutas de atos normativos.