



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**O CONTROLE SOCIAL SOBRE OS ATOS DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS DE INFRAESTRUTURA**

GUSTAVO ALEXANDRE LOPES NERY

Brasília, julho de 2013

GUSTAVO ALEXANDRE LOPES NERY

**O CONTROLE SOCIAL SOBRE OS ATOS DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS DE INFRAESTRUTURA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de graduação em Direito
da Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília

Orientador: Prof. Othon de Azevedo Lopes

Brasília, julho de 2013

GUSTAVO ALEXANDRE LOPES NERY

**O CONTROLE SOCIAL SOBRE OS ATOS DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS DE INFRAESTRUTURA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de graduação
em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Monografia defendida e aprovada em: 12/07/2013

BANCA EXAMINADORA

Othon de Azevedo Lopes (Orientador)

Prof. Márcio Iório Aranha

Prof. Adriano Drummond Caçado Trindade

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

2013

Dedicatória

A Eliane, escolhida por Deus, dentre suas filhas,
para ser minha esposa.

Agradecimentos

Agradeço a Deus pela vida e saúde para prosseguir nessa longa jornada.

Agradeço aos familiares e amigos que, mesmo distantes, me incentivaram e aos colegas que dividiram comigo seus conhecimentos ao longo do curso.

Agradeço às minhas filhas Marina e Natália, pelas incontáveis horas que fizeram companhia à mãe durante as minhas ausências.

Por fim, agradeço à minha mulher Eliane, fiel companheira, sem a qual essa graduação não seria possível.

Não a nós, SENHOR, não a nós, mas ao teu nome dá glória, por amor da tua benignidade e da tua verdade.

Salmos 115:1

Resumo

As agências reguladoras federais de infraestrutura brasileiras foram criadas a partir de um modelo inspirado nas instituições regulatórias de outros países, principalmente dos Estados Unidos, onde, se comparado ao Brasil, o nível de cidadania e participação pública dos cidadãos é elevado. Partindo desse fato, esta monografia propõe a avaliação, em termos de existência e efetividade, dos mecanismos de participação pública, enquanto controle social, sobre os atos normativos das agências reguladoras federais de infraestrutura brasileiras.

O trabalho se inicia com uma análise histórica da evolução do Estado moderno, desde o surgimento e a crise do Estado liberal, passando pelo Estado social e o surgimento do Estado regulador. São abordados aspectos relacionados à prestação de serviços de infraestrutura sob a égide do Estado regulador, o conceito de serviço público no Brasil, aspectos econômicos e jurídicos relacionados aos serviços de infraestrutura e à regulação estatal.

São apresentados os problemas do modelo regulatório das agências, como a assimetria da informação, a imprevisibilidade dos efeitos da regulação, o risco de captura do regulador pelo agente regulado e o déficit de legitimidade democrática no processo regulatório, e uma visão sobre o poder regulamentar das agências reguladoras, sua fundamentação jurídica e limitações.

A monografia aborda alguns aspectos econômicos relacionados à participação pública dos cidadãos, apresenta os mecanismos de participação nos atos da administração pública brasileira, inclusive as formas de controle social previstas na Constituição, apresenta uma descrição analítica dos dispositivos legais, decretos e regulamentos que estabelecem as formas de participação pública nos atos das agências reguladoras, se encerrando com as conclusões do autor sobre o tema.

Palavras-chave: Estado-regulador; Agências Reguladoras, Atos Normativos; Controle Social; Participação Pública.

Abstract

The Brazilian federal infrastructure regulatory agencies were created from a model inspired by the regulatory institutions of other countries, mainly the United States, where, compared to Brazil, the level of citizenship and public participation of citizens is high. Based on this fact, this monograph proposes the evaluation in terms of the existence and effectiveness of public participation mechanisms as social control, on the normative acts of the federal regulatory agencies Brazilian infrastructure.

The monograph begins with a historical analysis of the evolution of the modern state, since the rise and crisis of the liberal state, through the welfare state and the emergence of the regulatory state. Address aspects related to the provision of infrastructure services under the auspices of the regulatory state, the concept of public service in Brazil, economic and legal aspects related to infrastructure services and state regulation.

The treatise presents the problems related to the model of regulatory agencies, such as information asymmetry, the unpredictability of the effects of regulation, the risk of capture of the regulator by the regulated agent and the lack of democratic legitimacy in the regulatory process, and an insight into the power of regulatory agencies regulatory, legal reasoning and its limitations.

The paper discusses some economic aspects related to public participation of citizens, presents the mechanisms of participation in acts of Brazilian public administration, including forms of social control envisaged in the Constitution, makes an analytical description of the legal provisions, decrees and regulations establishing the forms of participation public in acts of regulatory agencies, ending up with the author's conclusions on the subject.

Keywords: Regulatory State; Regulatory Agencies, Normative Acts; Social Control; Public Participation.

Sumário

- 1 Introdução
- 2 Surgimento e evolução do Estado moderno
 - 2.1 O surgimento do Estado liberal
 - 2.2 A crise do Estado liberal e o advento do Estado social
 - 2.3 A redução do intervencionismo estatal e o nascimento do Estado regulador
- 3 A prestação de serviços públicos sob a égide do Estado regulador
 - 3.1 O conceito de serviço público no Brasil
 - 3.2 Aspectos econômicos relacionados aos serviços públicos
 - 3.3 A regulação aplicada à prestação dos serviços públicos delegados
 - 3.4 Aspectos jurídicos da regulação
- 4 O modelo das agências reguladoras
 - 4.1 Críticas ao modelo regulatório das agências
 - 4.1.1 O problema da assimetria da informação
 - 4.1.2 O problema da captura do regulador pelo agente regulado
 - 4.1.3 O déficit de legitimidade democrática no processo regulatório
 - 4.1.4 A imprevisibilidade dos efeitos da regulação
- 5 O poder regulamentar das agências reguladoras
 - 5.1 Fundamentação jurídica do poder regulamentar das agências reguladoras
 - 5.2 Limitações ao poder regulamentar das agências reguladoras
- 6 Aspectos econômicos da participação pública
- 7 A participação popular nos atos da administração pública brasileira
 - 7.1 Formas de controle social previstas na Constituição
 - 7.2 A participação pública na administração pública brasileira
 - 7.3 A participação pública nos atos das agências reguladoras
- 8 Conclusão

1 Introdução

Uma gama de serviços públicos relacionados a setores de infraestrutura como energia elétrica, telecomunicações, rodovias, exploração de petróleo, portos e aeroportos no Brasil deixou de ser prestado exclusivamente pelo Estado – diretamente ou por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista – e passou a ser concedido a empresas com controle privado.

Considerando a relevância desses serviços para o desenvolvimento nacional, o presente trabalho busca avaliar a existência e a efetividade dos mecanismos de participação pública, enquanto controle social, junto aos entes estatais brasileiros que têm a atribuição de regular a prestação dos serviços de infraestrutura de competência federal: a Agência Nacional de Águas – ANA, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com base nas posições teóricas do Direito brasileiro que defendem a ampliação dos mecanismos de democracia participativa na gestão pública do Estado e nas teorias críticas sobre o modelo das agências reguladoras, a partir da análise da obra de autores da Economia, do Direito Administrativo e do Direito Econômico, brasileiros e estrangeiros, da Constituição, da legislação fundamental dos respectivos setores de infraestrutura e da legislação específica de criação e estruturação dessas instituições, quanto aos dispositivos legais que tratam do controle social sobre os atos administrativos e sua aplicabilidade no tempo e no espaço, por meio de levantamento bibliográfico e pesquisa documental.

Será apresentada uma breve análise da evolução do Estado moderno: o surgimento e a crise do Estado liberal, o advento do Estado social, a redução do intervencionismo estatal e o nascimento do Estado regulador. Será analisada a prestação dos serviços de infraestrutura a partir da visão do Estado regulador, o modelo regulatório baseado em agências adotado pelo Estado brasileiro e seus problemas, além da questão do poder regulamentar das Agências.

Após a apreciação das formas de participação pública nos atos da administração pública e nos atos das agências reguladoras, o trabalho se encerra com as conclusões sobre o tema.

2 Surgimento e evolução do Estado moderno

O termo “Estado” de contornos generalista, neutro e abstrato, surgiu na Itália Renascentista, propriamente na obra *O Príncipe*, de Maquiavel (1469-1527), responsável pela inclusão do termo na literatura política do século XVI. A obra, escrita em 1513 e publicada em 1531, inicia-se com a célebre frase: “Todos os Estados, todos os domínios que existiram ou existem e possuem império sobre os homens, foram ou são repúblicas ou principados.”¹

Segundo Dallari, o Estado é uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território.²

A evolução do Estado moderno deu-se desde o século XIV, quando se manifestava como forma de dominação política, e se distingue do feudalismo em três características básicas: diferenciação entre a esfera pública, dominada pela burocracia estatal, e a esfera privada, contemplando interesses pessoais, dissociação do poderio político (poder de dominação legítima legal-racional) do poderio econômico (posse dos meios de produção e subsistência) e separação entre funções administrativas e políticas, tornando-o autônomo da sociedade civil.³

Quanto ao desenho do Estado Moderno, pode-se também ressaltar a sua instrumentalidade. O Estado, na Idade Moderna, não mais se caracterizava como um fim em si mesmo, mas sim instrumento para a realização de fins terrenos. Independentemente das adjetivações alocadas para sua caracterização nesse período histórico – *Estado-aparelho*, *Estado-mecanismo*, *Estado-administração* – revelou-se como uma estrutura capaz de organizar as relações sociais – o poder – por meio de procedimentos técnicos preestabelecidos, como administrações e instituições, imprescindíveis para a prevenção e neutralização dos casos de conflito para o alcance de fins terrenos que as forças dominadoras na estrutura social reconhecem como próprias e impõem como gerais a todos.⁴

¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 10. ed. São Paulo: Centauro, 2003, p. 27.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

³ ROTH, André-Noël. *O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?* p. 1. In: **Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 60.

⁴ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31.

2.1 O surgimento do Estado liberal

O Estado moderno deve ser entendido em três apresentações distintas: o Absolutista (séculos XV a XVII), o Liberal (séculos XVIII, XIX e tendência predominante da atualidade) e o Social (final do século XIX até o início dos anos 1970). Historicamente, o Estado liberal tem acompanhado e favorecido o desenvolvimento da economia capitalista. A intervenção estatal é limitada e são estimuladas a liberdade individual e a regulação “espontânea” da sociedade. É protetor dos direitos individuais e se incumbe do Direito, da justiça e de toda forma de ação e coação legítimas. O desenvolvimento do Estado liberal, desde meados do século XVIII – impulsionado pela revolução industrial – até o fim do século XIX, é substantivo e predominante no período.⁵

Sobre as características do Estado Liberal, Bobbio afirma que, no plano institucional, bem pouco mudou na passagem do antigo para o novo regime; pelo contrário, os traços ulteriores do Estado moderno foram aperfeiçoados e reforçados, em correspondência com o progressivo caráter técnico assumido pelo Governo e pela administração, a qual se tinha reduzido toda carga de neutralidade, que desde o início havia caracterizado a experiência estatal como monopólio político.⁶

De acordo com Aguillar, no Estado liberal o Direito tem a função de organizar o mercado, mas dele não participa, deixando que os agentes econômicos interessados trabalhem com desenvoltura dentro das regras pré-estabelecidas. O Estado constrói a infraestrutura do mercado, dota-o de aparelhos indispensáveis ao seu funcionamento, cobre-o com a proteção do Direito Civil e Comercial, para os casos em que algum agente não queira submeter-se às regras que livremente aceitou cumprir. Mas supõe agentes maduros e capazes, tanto consumidores quanto comerciantes, que contratarão seus negócios sem a ajuda do Estado e, por isso mesmo, se contratarem mal sofrerão as conseqüências de seu mau passo.⁷

⁵ BENJÓ, Simão Isaac. **Fundamentos de Economia da Regulação**. Rio de Janeiro: Thex Ed., 1999. p. 9.

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 2. Ed. Brasília: Ed. UnB, 1986. p. 430.

⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social dos Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad. 1999. p. 52.

2.2 A crise do Estado liberal e o advento do Estado social

O surgimento do Estado social deu-se em razão da profunda crise enfrentada pelo Estado Liberal a partir do início do século XX.

O Estado social surge a partir da revolução russa de 1917, aprofundando-se após a política do *New Deal* de Roosevelt como resposta à depressão americana dos anos 30. Nos Estados Unidos, estabeleceram-se paradigmas intervencionistas do Estado nas atividades produtivas. As práticas prescritas por Keynes e adotadas pelo governo norte-americano à época da grande depressão, sugeriram o conceito de um “Estado interventor” capaz de reduzir os ciclos de altos e baixos temidos pela sociedade capitalista. Declina o Estado-liberal e cresce a importância do Estado-social.⁸

Neste contexto histórico, as iniciativas regulatórias do *New Deal* constituíram um amplo regime de estabilização macroeconômica. Desde o final dos anos 30 até o final dos anos 60, esse sistema controlou preços e competição em todas as indústrias da infraestrutura norte-americana. As agências federais, criadas ou fortalecidas por legislação, foram investidas de poderes extraordinários para moldar muitos aspectos da estrutura de mercado nessas indústrias. Os principais objetivos dos reguladores federais eram: alta qualidade, disponibilidade de serviços, segurança nos arranjos contratuais e estabilidade de preços.⁹

Após a Segunda Guerra Mundial, a intervenção estatal consagra-se como prerrogativa única para a coexistência com a economia de mercado. A tutela estatal passou a estar presente em setores liberais e conservadores da Europa e dos Estados Unidos, através de mecanismos de proteção e da ampliação de mecanismos de intervenção regulatória. A regulamentação estatal desse período surge de maneira excessiva, como medida preventiva ao que se considerava “abuso de mercado” e, basicamente, envolve a ação do poder executivo através de órgãos estatais que limitam a ação da livre iniciativa.¹⁰

No caso brasileiro, o comportamento do Estado acompanhou a tendência dominante na América Latina. Para esta região, a partir da década de 1930, o Estado era a base do crescimento econômico. O controle estatal foi crescente no período que abrange o início dos anos 30 e se estendeu até o final dos 70. Havia tendência a se nacionalizar indústrias consideradas estratégicas. A abrangência do conceito de

⁸ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 10.

⁹ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 11.

¹⁰ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 12.

indústria estratégica aumentou a participação estatal em empreendimentos que incluíam infraestrutura, produção (aço, computadores e até farinha de peixe, no Peru) e serviços.¹¹

2.3 A redução do intervencionismo estatal e o nascimento do Estado regulador

O período compreendido entre a década de 70 do século XX e o início do século XXI corresponde ao declínio do Estado social nos países centrais, e o fenômeno da crise do Estado do Bem-Estar Social ocupou lugar preponderante na produção teórica sociológica, econômica e jurídica e fomentou o surgimento vigoroso do neoliberalismo e do discurso em prol da privatização dos serviços públicos, principalmente de infraestrutura, coincidindo historicamente, não por acaso, com o declínio veloz das economias planificadas no painel político do planeta.¹²

As noções clássicas de desenvolvimento econômico conduzido em políticas públicas e sustentado por déficits orçamentários e fiscais passaram a ser fortemente condenadas. Ao mesmo tempo, o protecionismo, postulado da doutrina nacional desenvolvimentista, passou a ser intensamente questionado. A partir deste período, ocorre um movimento revisionista, na visão macroeconômica, e os preceitos mais liberais emergem da rendição dos governos à conjuntura real que se configura. Acontece uma ruptura com o Estado paternalista e privilegia-se a eficiência econômica como único meio de aumentar a riqueza nacional.¹³

A desestatização, em sentido mais amplo, refere-se à mudança da forma de atuação da máquina pública, caracterizando-se como qualquer atitude do governo que altera a forma de intervenção estatal na economia, sendo as privatizações de empresas estatais uma das formas mais comuns. Entende-se como privatização o processo de venda de uma empresa ou instituição do setor público – que integra o patrimônio do Estado – para o setor privado, por meio de leilões públicos.¹⁴

¹¹ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 13.

¹² Segundo AGUILLAR, no Brasil esta problemática, ainda que razoavelmente distante do quadro socioeconômico vivido no país, foi recepcionada com algum atraso, mas com muita facilidade. Não se pode falar exatamente em Estado brasileiro de Bem-Estar Social, por razões estatísticas. Mas não se pode, por outro lado, negar o paralelismo existente entre a forma de organização do Estado brasileiro e aquela típica do Estado central.

¹³ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 14.

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela, **Desestatização Privatizações, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4. Ed. São Paulo: Lumen Juris. 2001. p. 42.

O objetivo principal da privatização é incrementar a eficiência produtiva, na medida em que se promove: (i) alteração da forma de interferência governamental no ambiente empresarial, gerando maior racionalidade na utilização dos recursos; (ii) redução no hiato entre a figura dos acionistas e dos gestores com incremento dos incentivos para uma gerência alinhada com os objetivos de maximização do lucro; (iii) independência do aval financeiro do Estado, com simultânea inserção no mercado de capitais visando o aumento do capital de terceiros.¹⁵

Na esteira desse movimento, a privatização torna-se, então, a forma fundamental de desestatização da economia.¹⁶

Ao deixar de prestar diretamente os serviços públicos, intervenção econômica típica de um Estado de Bem Estar Social, surge a necessidade – como decorrência de uma opção política – da composição de um marco regulatório mais complexo e sofisticado do que existia anteriormente. A transferência da prestação de serviços públicos essenciais para empresas privadas modificou o tradicional regime jurídico de serviços públicos.¹⁷

A nova estrutura procurou implantar instrumentos inovadores para dar conta dos desafios regulatórios de mercados altamente concentrados, como os setores de infraestrutura, com nítidas imperfeições estruturais e, ao mesmo tempo, tentou preservar a estrutura anterior de produção, de modo a não comprometer sua eficiência econômica e o princípio de proteção aos usuários, que se desdobra numa série de outros oriundos do regime de serviços públicos, como isonomia, continuidade e conformidade, razões, em última instância, da regulação estatal sobre a atividade econômica.¹⁸

Neste contexto, a figura do Estado regulador independente se faz necessária para permitir a liberdade de atuação dos agentes econômicos e incentivar o crescimento autossustentado. A base de sustentação é a premissa de que a sociedade tem condições

¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela, Op. cit., p. 42.

¹⁶ Segundo AGUILLAR, sobre as formas de privatização pode-se afirmar que, quando ocorre através de venda de blocos de controle acionário (companhias de capital aberto) ou de outra forma de transmissão definitiva e permanente de propriedades de ativos públicos para o setor privado, diz-se que o processo é integral. Em sua forma parcial, a privatização é caracterizada, ora pelas vendas de participações minoritárias do governo, ora por contratos de parceria envolvendo gestão privada. No caso das concessões de serviços públicos (água, eletricidade, telefonia, gás, etc.), o poder concedente pode abrir licitação em torno de um período em que o investidor privado assuma o controle total das operações e dos ativos envolvidos. Trata-se de privatização integral com período determinado.

¹⁷ RACHED, Danielle Hanna. *Desregulação e Telecomunicações*. p. 3. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 127.

¹⁸ RACHED, Danielle Hanna. Op. cit. p. 3.

de resolver, de forma mais eficiente, mais descentralizada e menos custosa, grande parte de seus problemas.¹⁹

A partir dessa nova realidade era preciso repensar não só o Estado, mas o sistema jurídico que lhe dava validade, construído à sombra da intervenção estatal dos últimos cinco séculos. A globalização da economia impõe redução do poder de coerção dos Estados Nacionais sobre as forças econômicas e a política keynesiana aplicada a um país é limitada pela mobilidade dos meios de produção, das operações financeiras e pela proliferação das corporações multinacionais, sendo urgente uma revisão no âmbito de aplicação do tradicional Direito Administrativo.²⁰

3 A prestação de serviços públicos sob a égide do Estado regulador

3.1 O conceito de serviço público no Brasil

A determinação do conceito de serviço público é um dos mais tradicionais problemas do direito público, em especial diante do conceito de atividade econômica. Perante o modelo constitucional, o desafio é definir a natureza de certas atividades que se desenvolvem em setores onde é problemático distinguir o direito público do privado, respondendo às questões que definem o modelo constitucional para o sistema econômico, a chamada Constituição econômica.²¹

A definição dessas questões se relaciona com a fixação do papel do Estado, a disciplina de sua atividade direta e o estabelecimento de sua função de intervenção na

¹⁹ Segundo LEHFELD, no Brasil essa alteração de papéis compreendeu a flexibilização do monopólio estatal, com as chamadas privatizações dos principais serviços públicos, como energia elétrica, telecomunicações e derivados de petróleo. A descentralização administrativa provocou uma remodelação do sistema administrativo, que deixa de ser uma unidade (concentrada) e passa a ser um modelo difuso, pela formação de pólos administrativos. Assim, o poder público concentra-se na elaboração de políticas regulatórias e, por meio de concessões, permissões e autorizações, transfere a execução dessas políticas à iniciativa privada.

²⁰ Um aspecto relevante ocorrido durante essa mudança do papel do Estado foi a confusão conceitual entre desregulação e regulação, descrita pelo jurista EROS GRAU, que aponta para a necessidade de prover o Estado de forte aparato regulatório na fase pós-privatizações: “Ainda no que respeita ao nosso caso, cujo capitalismo não prescinde de regulação, qualquer política de desregulamentação haveria de estar calcada sobre a construção de um novo modelo de regulação. Não se perca de vista o fato de que o movimento em prol da desregulação, tal como postulado entre nós – menos governo, menos miséria –, conduz ao enfraquecimento do Estado; mas o Estado, apesar de todos os pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público, não sendo viável a visualização de momentos de legitimidade, nele, em que venha (o interesse público) a se confundir com o interesse social. A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o interesse social.”

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. 1. Ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 16.

ordem econômica, ou seja, a definição dos limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares.²²

A historicidade de questões relacionadas à intervenção do Estado na ordem econômica deve ser reconhecida. Cada Estado desenvolveu, durante sua evolução, um modelo peculiar em que as formas de atuação, os limites e a disciplina jurídica retratam experiência própria, única e intransferível, e o conceito de serviço público deriva do tipo de Estado vigente no momento histórico.²³

O desenvolvimento concreto dos institutos, por vezes, fez-se ao largo das regras jurídicas e à diversidade das experiências concretas de cada Estado soma-se uma espécie de fragmentação interna da ordem econômica perante a ordem jurídica.²⁴

Segundo Giannini, quando se passa dos modelos abstratos aos ordenamentos positivos concretos, a começar pelas próprias constituições materiais, não se encontra nenhum ordenamento que se apresenta pela coerência relativamente aos princípios, razão pela qual não é possível apurar a natureza jurídica de instituições determinadas quando se pretende adotar, como critério de análise, a experiência, jurídica ou econômica, de outros países.²⁵

O critério de avaliação da realidade que fornece lineamentos objetivos de decisão é a aplicação da Constituição e dos princípios nela consagrados. Considerando as circunstâncias políticas e históricas, não se pode definir um conceito genérico de serviço público com validade universal, posto que cada conceito reflete as características de um ordenamento jurídico num determinado momento histórico.²⁶

Assim, a conceituação de serviço público adotada na França não é aplicável no Brasil, ainda que se possa reputar, sob certo ângulo, que as concepções vigentes nesse país, assim como na Itália, sejam semelhantes às adotadas ao Direito brasileiro. Sob o prisma lógico-jurídico, existe semelhança quanto à estrutura conceitual, mas o conteúdo do conceito varia nos diversos países, sendo que algumas atividades são consideradas como serviço público em um país e não em outro.²⁷

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou o sistema capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades

²² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 16.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 16.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 17.

²⁵ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**, 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 129.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 17.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 18.

econômicas e na limitação da intervenção do Estado no domínio econômico. Ao Estado incumbe disciplinar o exercício da atividade econômica privada, admitindo-se, excepcionalmente, que desempenhe diretamente atividades econômicas, respeitados determinados princípios.²⁸

Conforme assevera Bandeira de Mello, a intervenção direta do Estado no domínio econômico faz-se sob duas modalidades: ou o Estado desempenha atividade econômica ou presta serviços públicos. Segundo essa concepção, a distinção entre as modalidades de atuação estatal é fundamental sob dois pontos de vista, quanto aos limites da atuação privada e da atividade pública, quando a atuação se subordina ao âmbito do Direito Público.²⁹

O art. 175 da Constituição Federal de 1988 fixa que os serviços públicos competem ao Estado, já a atividade econômica propriamente dita incumbe aos particulares, nos termos do art. 170, *caput* e parágrafo único e, segundo o art. 173, o Estado se dedicará à atividade econômica apenas por exceção. A prestação dos serviços públicos, diretamente pelo Estado ou por meio de particulares, far-se-á segundo os princípios e as regras de Direito Público e a atividade econômica, por sua vez, mesmo quando exercida pelo próprio Estado, se regula pelo Direito privado.³⁰

O núcleo da distinção está em que a atividade estatal de natureza econômica sujeita-se a regime similar ao de Direito privado, ainda que os princípios gerais do Direito público continuem aplicáveis. O desempenho de serviço público submete-se e regras inerentes ao Direito público. A configuração delineada na Constituição Federal de 1988 segue a ideia de que o Estado pode atuar no domínio econômico como instituição pública ou travestido de sujeito privado. No primeiro caso, existe serviço público; no segundo, atividade econômica em sentido restrito.³¹

Numa primeira abordagem essa distinção pode parecer simples, mas o problema reside na dificuldade em diferenciar os dois conceitos. A distinção entre aquilo que é “econômico” e aquilo que não é “econômico” não reside em uma intrínseca e imutável “natureza das coisas”, mas é uma distinção historicamente determinada.³²

Nesse mesmo sentido se encontra a posição de Comparato, que afirma que:

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 18.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. Ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 631

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 19.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 20.

³² Cf. GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Vol. I. ed. Cedam: Padova, 1977, p. 124 apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. 1. Ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18

Até hoje, ninguém ainda conseguiu definir, precisamente, em que consiste a matéria econômica. Todos concordam, sem dúvida, com o fato de que a economia tem a ver com a produção e a distribuição da riqueza, a formação de preços, a determinação da renda nacional e o nível de emprego. A dificuldade principia, porém, quando se pensa que o próprio conceito de “riqueza” tem evoluído e compreende hoje, além dos bens materiais, certos bens culturais, ademais de condições sociais de vida, tais como a educação, a saúde e a segurança pública.³³

A mesma dificuldade se encontra para se definir serviço público, mas essa tarefa pode ser parcialmente superada por meio de uma constatação, qual seja, o núcleo do problema não reside numa distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. Essa questão foi apontada por Eros Grau, que sublinhou a impossibilidade de contrapor de modo absoluto os dois conceitos, porquanto o serviço público é uma modalidade de atividade econômica. Logo, atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido restrito.³⁴

Significa que serviço público é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta caracteres econômicos, sendo possível diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica.³⁵

Sob o ponto de vista estritamente econômico, se poderia afirmar que a questão do serviço público apresenta uma faceta econômica, na medida em que envolve uma alocação de recursos materiais escassos para satisfação de certas necessidades humanas. Como esses recursos comportam diferentes destinações, impõe-se definir-lhes um destino, dentre os diversos possíveis.³⁶

Considerando-se os pressupostos teóricos expostos, é possível elaborar um conceito de serviço público no Direito brasileiro, a partir de conceitos consagrados na doutrina dos administrativistas brasileiros, tomando-se como paradigma a formulação de Bandeira de Mello, no sentido que o serviço público consiste em “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como

³³ COMPARATO, Fábio Konder, **Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988**. Revista de Direito Público 93:263

³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 123.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 123.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 124.

pertinentes a seus deveres e presta por si mesmo, ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público”.³⁷

3.2 Aspectos econômicos relacionados aos serviços públicos

Sob o ponto de vista econômico, a competição é um mecanismo prodigioso. Pelo lado da oferta, cada empresa tenta maximizar o lucro realizado, enfrentando a concorrência, sem qualquer preocupação com o benefício social. Pelo lado da demanda, os consumidores buscam maximizar as suas próprias utilidades com comportamentos absolutamente individuais e particulares. E, nesse contexto, a resultante desse “egoísmo coletivo” é a maximização do bem-estar social. Ao conceituar “mão invisível” na economia, Adam Smith ensina que os objetivos particulares de cada participante na competição são consistentes com as metas sociais. Esta é a base do funcionamento da economia de mercado.³⁸

Na prática, porém, o bom funcionamento do livre mercado exige que alguns requisitos fundamentais sejam cumpridos, quais sejam: não haver dominância de mercado, exigindo-se que as empresas disponham de liberdade de ir e vir; e ausência de externalidades, que caracterizam os prejuízos involuntários causados por algum ator de mercado quando da realização de seus objetivos.³⁹

Quando a estrutura dos custos de produção do setor considerado faz com que o mercado seja atendido com menores preços por uma só empresa, ao invés de mais de uma, surge o denominado monopólio natural. Nesta situação específica, a condição de competição na oferta, caracterizada geralmente por um grande número de participantes é conflitante com os benefícios esperados (disponibilidade de menores preços aos consumidores). Com a impossibilidade de concorrência, surge a necessidade de regulação econômica. Ressalte-se que a condição de monopólio natural é consequência da natureza dos custos, não havendo abusos ou externalidades em questão. A causa é econômica é, portanto, “natural” em sua origem.⁴⁰

O monopólio natural é uma situação de mercado em que os investimentos necessários são muitos elevados e os custos marginais são muito baixos, caracterizado

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 612.

³⁸ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 54.

³⁹ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 55.

⁴⁰ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 69.

pela oferta de bens exclusivos e com muito pouca ou nenhuma rivalidade. Numa situação hipotética em que haja duas firmas no mercado, cada uma deve, necessariamente, produzir a um custo médio relativamente alto, tendo cada uma incentivo para baixar os preços e aumentar a produção, uma vez que o custo médio também será diminuído. Porém, se ambas atuarem dessa forma, o preço cairá mais rapidamente que o custo médio. Conseqüentemente, verificar-se-á uma luta econômica, e o resultado final, natural das forças de mercado, provavelmente será apenas uma firma numa posição de monopólio.⁴¹

No caso da prestação dos serviços de infraestrutura em que se configura o monopólio natural, o Estado utiliza-se da regulação econômica, cujo objetivo é buscar garantir os retornos sociais desejáveis quando a competição se torna inexecutável. Nesse caso, a função regulatória é maximizar o benefício resultante das concessões.⁴²

Além das situações em que ocorre o monopólio natural, existem situações em que ocorre o monopólio legal, quando o Poder Público retira dos particulares a possibilidade de prestarem certas atividades econômicas, com o fim de mantê-las sob controle e exploração do Estado, por razões de ordem pública.⁴³

No caso brasileiro, as hipóteses de monopólio estatal se encontram taxativamente previstas no texto constitucional e abrangem alguns setores de infraestrutura e, da mesma forma, como ocorre nas situações de monopólio natural, a função da regulação estatal é maximizar o benefício resultante das concessões.⁴⁴

3.3 A regulação aplicada à prestação dos serviços públicos delegados

No atual regime jurídico-constitucional brasileiro, os serviços públicos são atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional. Ou seja, dá-se o nome de serviço público às atividades econômicas desempenhadas sob o regime jurídico de direito público. Tais atividades

⁴¹ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 69.

⁴² BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 70.

⁴³ FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. *A Questão do Monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e e Setor Postal*. **Revista Eletônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. n.º 17 fevereiro/março/abril, 2009.. Disponível na internet em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em 15/05/2013. p. 4.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. Op. cit., p. 4.

são exercidas pelo Poder Público, porém são suscetíveis de delegação a particulares por regime de concessão ou permissão.⁴⁵

Na prestação dos serviços públicos delegados em que ocorre o monopólio natural o Estado lança mão da regulação econômica para garantir o retorno social desejável, já que não é possível haver competição. Assim, o objetivo da função regulatória será de maximizar o benefício resultante das concessões, buscando para os concessionários, a garantia de mecanismos adequados e estáveis de definição e formas de reajustes tarifários, assim como a garantia de proteção do capital investido e para os consumidores, a proteção contra abusos que a prática do monopólio natural desregulamentado permitiria.⁴⁶

O desafio do ente regulador é criar mecanismos de motivação do lucro que sejam compatíveis com os retornos pretendidos. A ação regulatória eficaz consiste em estabelecer critérios nos quais o retorno social desejado seja obtido pelo máximo lucro da empresa, de tal forma que esta possa escolher voluntariamente o padrão pretendido pelo regulador.⁴⁷

A regulação de preços é o mecanismo mais importante de que os governos dispõem para premiar ou penalizar os proprietários privados dos monopólios regulados. Um sistema de regulação de preços ideal deve ser capaz de incentivar o investimento, promover a melhoria da qualidade dos serviços prestados e premiar o aumento de eficiência produtiva. A maior fatia possível desses benefícios deve ser repassada ao consumidor. Em resumo, um sistema de preços ideal deve perseguir resultados semelhantes ao mercado competitivo.⁴⁸

3.4 Aspectos jurídicos da regulação

O conceito de regulação, apesar de ter ganho delineamento teórico na ciência política e na ciência da Administração, ganha sentido jurídico na medida em que se identifica a um conjunto de regras que visa a correção das deficiências do mercado, através do estabelecimento de regras e da manutenção, ou restabelecimento, do funcionamento equilibrado de um sistema.

⁴⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 155.

⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 168.

⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 169.

⁴⁸ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 83.

Em uma perspectiva mais ampla, pode-se considerar a regulação como uma forma de intervenção do Estado na economia. Um sentido menos amplo pode ser identificado quando se exclui do conceito inicial a intervenção direta do Estado na economia, reduzindo o conceito, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada. E, por fim, em sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por meio de lei ou ato normativo.⁴⁹

Do ponto de vista do Direito, sua função não se esgota na regulação jurídica a que conclama a normatização dos serviços públicos concedidos. O Direito surge em âmbitos maiores do que a produção normativa, porque a regulação jurídica pode ser aqui entendida como o conjunto das ações estatais relacionadas à norma, inclusive aquelas que se realizam tendo as normas jurídicas apenas como mediadoras, sendo vislumbrada em sentido amplo, abarcando as diversas formas de atribuição jurídica de prerrogativas aos diversos agentes sociais, sejam eles privados ou estatais.⁵⁰

Em se tratando de serviços de infraestrutura, o Direito Administrativo atua como elo entre relações privadas e públicas, como espaço institucional de fiscalização privada e pública de funções públicas. Para tanto, oferece mecanismos elementares de proteção ao cidadão em face da ação governamental. Corresponde a interesse público não econômico, mas preponderantemente político.⁵¹

O interesse em jogo quando se procede a uma licitação pública não é, exclusivamente, o da empresa concorrente que quer adjudicar uma obra ou serviço rentável economicamente, mas o interesse de cidadãos em zelar pelo bom uso da coisa pública, notadamente de seus recursos financeiros.⁵²

Já a disciplina dos serviços públicos veiculada pelo Direito Econômico adquire feição de condicionadora da atividade dos agentes econômicos, seja por meio das normas instrumentais, seja pela ação da administração indireta. Por isso, toda matéria de regulação dos serviços públicos, respeitante à vocação do Estado em estimular, dirigir, reprimir ou praticar determinadas condutas econômicas para a consecução de

⁴⁹ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: Impacto Sobre a Prestação de Serviços Públicos*. p. 1-2. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 143.

⁵⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 106.

⁵¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 108.

⁵² AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 110.

determinados fins, é matéria de Direito Econômico, mais caracteristicamente que de Direito Administrativo.⁵³

Sob o prisma administrativista, as regras não visam conduzir o seu destinatário a um determinado comportamento econômico, mas simplesmente o levam, obrigatoriamente, a percorrer um *iter jûris* necessário e suficiente para a legitimação da atividade. Falta às normas próprias do Direito Administrativo o sentido instrumental impositivo de uma determinada conduta da entidade no mercado, por isso que este não tem um conteúdo de economicidade, que é própria do Direito Econômico.⁵⁴

Quando o Estado assume preponderantemente a tarefa de prestar os serviços públicos, é natural que a sua disciplina esteja mais atrelada ao Direito Administrativo. Na medida em que o Estado passa da função de executor para a de regulador, é o Direito Econômico quem assume papel de maior relevância.⁵⁵

O Direito Econômico tutela relações privadas em face de interesses públicos econômicos. Constitui espaço de interferência estatal no exercício de funções privadas, para o fim de influenciar a tomada de decisões em ambiente de mercado. Conota atividade e formatação positiva de mercado. Portanto, a regulação que produz está intimamente relacionada à deliberada persecução de certos fins, em oposição ao que passa no âmbito do Direito privado, que se caracteriza antes pela preservação de meios tendentes a realizar espontaneamente determinados fins.⁵⁶

Relacionado ao reconhecimento de que a atividade privada tem impacto relevante sobre a população, o Direito Econômico se fortalece como instrumento de transferência estatal sobre a economia. É também consequência indireta da falta de confirmação, na prática, das pressuposições teóricas dos economistas clássicos do mercado livre. O Direito Econômico contemporâneo não é fruto de uma revolução no Direito ou no sistema econômico, mas consequência de um ciclo adaptativo interno ao sistema capitalista. Ele resulta de uma expansão da função do Estado e do Direito das esferas até então constitucionalmente vedadas a eles.⁵⁷

No que toca aos interesses, o Direito Econômico representa a idéia da insuficiência dos meros interesses econômicos privados na condução da economia como um todo. A doutrina tradicional aponta que, em nome do combate aos abusos praticados

⁵³ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 110.

⁵⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 289.

⁵⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 111.

⁵⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 112.

⁵⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 113.

em regime de liberdade, e às conseqüências sociais que isso proporcionou, o Direito passa a ocupar papel mais forte no contexto social, notadamente a partir das crises do último quarto do século XIX e do final da década de 20 do Século XX. O interesse a que responde essa transformação é tradicionalmente apontado como o interesse público, em contraposição ao interesse privado: para defender o interesse maior da população como um todo, o Estado, pela via jurídica, entre outras, diz-se, é instado a diminuir o espaço da autonomia dos interesses individuais.⁵⁸

4 O modelo das agências reguladoras

As agências reguladoras, não obstante serem controladas pelos governos, são órgãos típicos de Estado e suas decisões, além de voltadas para a defesa do interesse público, devem privilegiar objetivos de longo prazo, com horizontes superiores aos mandatos eletivos, uma vez que os contratos de concessão, instrumentos tipicamente utilizado para definir as regras para os concessionários de serviço públicos, têm prazos que podem chegar a algumas décadas.⁵⁹

As teorias de regulação voltadas para o interesse público ensinam que o propósito da atuação regulatória é, em todos os casos, o aumento do bem-estar do consumidor via formulação de políticas que motivem o concessionário a atuar visando ao aumento da eficiência alocativa.⁶⁰

O principal objetivo no estabelecimento de um órgão regulador é dotá-lo de poderes suficientes para agilidade na tomada de decisões, ao mesmo tempo em que suas relações de intervenção devem ser diminutas e restritas. Esse equilíbrio é o resultado de definições claras determinadas por legislação específica e posterior regulamentação. O equilíbrio nas relações entre o poder concedente, os prestadores de serviço (concessionários) e os usuários (consumidores) é fundamental à eficiência do sistema regulador.⁶¹

As principais características das agências de regulação são a especificidade, a discricionariedade técnica e a neutralidade. A especificidade refere-se ao fato de as agências reguladoras terem seus objetivos de atuação relacionados a setores específicos

⁵⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 113

⁵⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. p. 206.

⁶⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. p. 207.

⁶¹ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 109.

da atividade econômica. A idéia de discricionariedade técnica centra-se na circunstância das agências, aos estarem ligadas a setores específicos, devem basear suas posições em critérios técnicos, embasando, dessa maneira, o entendimento de que as denominadas matérias de fato estariam fora do controle judicial. A neutralidade representa a postura não-política que deve permear sua atuação, constituindo-se, nesse sentido, em um comportamento que visa expurgar as tomadas de decisões das agências da influência dos grupos de pressão.⁶²

A pretensa neutralidade das agências é um ponto que, nas últimas décadas, tem sido muito questionada, pois, muitas vezes, a realidade indica que existe a possibilidade de captura das agências por parte dos atores econômicos objetivando a satisfação de seus interesses de forma institucionalizada. Estas três características se encontram intimamente ligadas, podendo-se afirmar, por exemplo, que a discricionariedade técnica decorre da especificidade que caracteriza as agências.⁶³

No Brasil esses órgãos reguladores foram instituídos por lei, com natureza jurídica de autarquias de regime especial, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade. A expressão regime especial, por determinação legal, compreende a perspectiva de atribuir a esses órgãos maior autonomia no exercício de suas competências normativa (quase legislativa) e decisória (quase judicial), bem como garantir a estabilidade de seus quadros em virtude dos mandatos fixos estabelecidos para seus diretores.⁶⁴

4.1 Críticas ao modelo regulatório das agências

As questões relativas à regulação dos serviços públicos são particularmente conflituosas. Investidores e concessionários, consumidores de baixa renda e consumidores como um todo, grupos de consumidores e grupos de defesa do meio-ambiente, consumidores industriais e consumidores domésticos, são alguns exemplos de

⁶² CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. *As Agências de Regulação Norte Americanas a sua Transposição para os Países da Civil Law*. p. 4. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 382.

⁶³ CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. *Op. cit.*, p. 383.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 94.

interesses conflitantes em matéria de serviços públicos, que tendem a constituir as bases de um jogo de soma zero.⁶⁵

A prestação de serviços de infraestrutura nas sociedades de massas implica a realização de investimentos grandiosos e envolvem a consideração de inúmeras questões de ordem técnica, seja na estratégia de implementação desses serviços, seja na escolha da forma da infraestrutura destinada a sustentar sua continuidade. Cada uma das decisões técnicas relativas aos serviços públicos tem componentes políticos aos quais a sociedade civil, via de regra, somente tem acesso *a posteriori*, ou seja, quando sofre as conseqüências dessas decisões e nada mais é possível fazer para retificá-las.⁶⁶

Na suposição de que o agente regulador é um defensor incondicional do interesse público, a relação “regulador-concessionário” é suficiente para o sucesso. Se os interesses da agência não coincidem com os interesses públicos, o trinômio “governo-regulador-concessionário” deve ser encarado como uma forma alternativa de contornar o problema. E, finalmente, não sendo o governo eficaz defensor do interesse público, deve-se considerar a importância do polinômio “eleitor-governo-regulador-concessionário”.⁶⁷

Problemas relativos ao processo regulatório, como a captura do regulador pelos agentes regulados, a dificuldade de se demonstrar a relação entre custos e benefícios da regulação, a existência de um déficit de legitimidade do regulador perante a sociedade e a imprevisibilidade dos efeitos da regulação foram observados ao longo dos anos e consubstanciaram diversas críticas ao modelo das agências reguladoras.⁶⁸

Dada a relevância da prestação dos serviços de infraestrutura, as imperfeições porventura existentes no mercado concorrencial podem levar a resultados e desequilíbrios indesejáveis, de sorte que a regulação se faz necessária para tentar corrigir essas distorções e proteger os usuários dos serviços de eventuais abusos de poder econômico por parte dos agentes privados prestadores dos serviços. A atividade regulatória também se mostra relevante como indutora da universalização dos serviços de infraestrutura.⁶⁹

⁶⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 220.

⁶⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 221.

⁶⁷ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 109.

⁶⁸ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 110.

⁶⁹ ACÓRDÃO Nº 2261/2011 – TCU – Plenário.

4.1.1 O problema da assimetria da informação

Considerando que as agências reguladoras representam, de fato, uma novidade no cenário institucional, importa fazer a distinção entre os termos “instituição” e “organização”.⁷⁰

De acordo com Stark, as instituições constituem as normas formais (leis e regulamentos) e informais (convenções, hábitos e códigos de conduta), assim como os mecanismos para assegurar seu cumprimento, conformando o sistema de incentivos que guia o comportamento de indivíduos e organizações. As organizações, por sua vez, são grupos de indivíduos que atuam coletivamente para alcançar objetivos comuns no marco institucional vigente.⁷¹

Na análise econômica, dois tipos de instituições se distinguem: mercados e hierarquias. Os mercados representam as normas e mecanismos de fiscalização para a realização de transações entre os diversos agentes e as hierarquias representam normas para as transações baseadas em uma relação contratual entre organizações ou mesmo no interior delas.⁷²

Para um desenvolvimento institucional consistente, um fator fundamental é o chamado custo de transação, entendido como a composição dos custos associados à realização das transações nos mercados, compreendendo os custos de obter e manejar informações (formação de inteligência e competência), de fazer cumprir os contratos (estabilidade institucional), de resolver civilizadamente as disputas (estabilidade democrática) e de por à disposição da sociedade os bens e serviços transacionados no mercado (universalização).⁷³

O desenvolvimento institucional representa a superação de um conjunto por outro mais eficiente, capaz de reduzir custos de transação e responder melhor às aspirações da sociedade. Como pressuposto para essa mudança, presume-se a existência de normas claras, coerentes, amplamente conhecidas, aplicáveis indistintamente a todos e aceitas pela maioria. As agências, como instância reguladora, e a Administração Pública, como instância formuladora de políticas, se situam nesse ambiente.

⁷⁰ STARK, Carlos. *Regulación, Agencias Reguladoras e innovación de la gestión pública en América Latina*. CLAD, Venezuela: 2001. p. 3.

⁷¹ STARK, Carlos. Op. cit., p. 3.

⁷² QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Marco Regulatório e Assimetria de Informações. In: *Revista Gestão e Planejamento*, ano 5, nº 9. Salvador: 2004. p. 10.

⁷³ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 11.

O desenvolvimento organizacional, por sua vez, pode ser entendido como a transição para organizações mais eficientes e eficazes para cumprirem as regras institucionais hegemônicas. Nesse sentido, as organizações devem estar dispostas a operar segundo as regras do marco institucional, sendo eficazes e eficientes para o alcance dos seus objetivos, dentro dos parâmetros e limitações instituídos. Nesse âmbito se situam as concessionárias e as organizações representativas dos consumidores.⁷⁴

A partir dessa convergência, pode-se aspirar um modelo de desenvolvimento global capaz de gerar um ciclo virtuoso entre o sistema político, o arcabouço legal, a economia e a sociedade como um todo.⁷⁵

As economias com problemas institucionais, organizacionais ou tecnológicos apresentam custos de transação mais elevados e, portanto, são menos competitivas e geram menos bem-estar para seus integrantes. Daí a importância da superação dos desafios políticos e institucionais para a consolidação do Estado regulador.⁷⁶

O fenômeno da informação assimétrica envolve duas dimensões principais: uma exógena e outra endógena às firmas, correspondentes, respectivamente, à seleção adversa e ao risco moral.⁷⁷

A seleção adversa é provocada pelo fato de o regulador não ter o mesmo nível de informações que a firma regulada a respeito de fatores exógenos que afetam a eficiência da firma (parâmetros tecnológicos, comportamento da demanda, etc). O risco moral é provocado pelo fato de somente a firma ter conhecimento do resultado de determinados movimentos intrinsecamente endógenos (custos, resultado de medidas administrativas, etc), o que gera a possibilidade de manipulação do esforço pelas firmas, objetivando, por exemplo, vantagens na revisão dos contratos ou na estipulação de metas regulatórias.⁷⁸

Essa é uma vertente que destaca de modo claro a questão da assimetria de informação, envolvendo o aparato regulador – as agências reguladoras – e as concessionárias.⁷⁹

Assim, o fenômeno da informação assimétrica configura-se como algo central, capaz de influir no equilíbrio da rede envolvendo o Estado, as concessionárias e os consumidores dos serviços. Ele interfere na autonomia das agências, na ampliação dos

⁷⁴ STARK, Carlos. Op. cit., p. 4.

⁷⁵ STARK, Carlos. Op. cit., p. 5.

⁷⁶ STARK, Carlos. Op. cit., p. 5.

⁷⁷ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 11.

⁷⁸ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 11.

⁷⁹ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 12.

custos de transação, no aumento dos riscos de captura e, por fim, na legitimidade da própria mudança institucional representada pelo advento do Estado regulatório.⁸⁰

4.1.2 O problema da “captura” do regulador pelo agente regulado

A vertente representada pelos usuários dos serviços (em última instância, o interesse público propriamente dito), talvez seja a maior “vítima” da informação assimétrica e dos “acordos” que podem resultar do fenômeno denominado “captura” do regulador pelo regulado.

A captura acontece quando o regulador, usando seu poder regulatório discricionário, aumenta o poder monopolístico da companhia regulada, prevenindo a competição. Nesses casos, o papel se inverte e o agente regulador se torna advogado da causa da concessionária regulada.⁸¹

Essa aproximação pode provocar o que se conhece pela expressão *captura do regulador pelo regulado*. Esse fenômeno tem por base a *capture theory* (“teoria da captura”), que destaca a figura do regulado como agente capaz de influenciar nas decisões do regulador, não obstante o fundamento de sua atuação se consubstanciar no interesse público.⁸²

A existência de informação assimétrica contribui para essa captura, pois os agentes regulados dispõem, na maior parte das vezes, de um volume maior de informações em relação aos defensores dos interesses coletivos, como por exemplo, os representantes dos consumidores. O regulador e regulado possuem objetivos diversos, por vezes opostos, e não têm acesso às mesmas informações. Por essa razão, torna-se imprescindível a existência de uma normatização dessas relações, uma vez que o regulado não pode ser obrigado a adotar os objetivos propostos pela regulação, mas pode ser obrigado a observar as normas impostas por esta regulação.⁸³

⁸⁰ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 12.

⁸¹ BENJÓ, Simão Isaac. Op. cit., p. 139.

⁸² Cf. POSNER, Richard A. *Theories of economic regulation*. Chicago: The Bell Journal of Economics and Management Science, n. 5, 1974. apud LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das Agências Reguladoras**. Atlas, São Paulo, 2008. p. 3.

⁸³ SILVA MOTA, Carolina Theodoro da. *Regulação e Desregulação: uma Discussão sobre Equilíbrio entre Mercado e Coletividade*. p. 15. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 175.

4.1.3 O déficit de legitimidade democrática no processo regulatório

O fenômeno regulatório, por sua vinculação com a economia e a técnica, oferece significativos desafios à sua legitimação. Não se trata apenas de uma desconexão com a formação da vontade popular, mas sobretudo da instrumentalização dos interesses que estão sob sua competência.⁸⁴

Como exposto, é inevitável que dentro da dinâmica compensatória típica do Estado Social as ênfases desloquem-se para as prestações econômicas e as tecnologias utilizadas para sua obtenção, havendo um embaçamento de questões de natureza política e moral.⁸⁵

Historicamente, os procedimentos para a regulação foram objeto de crítica por serem considerados pouco representativos, uma vez que inviabilizavam, na prática, a participação dos cidadãos na formulação de políticas de interesse coletivo. Muito embora a participação pública fosse um pressuposto da regra administrativa, era considerada extremamente restrita, e carente de procedimentos mais abertos e com maior participação de “advogados públicos” representantes dos consumidores ou de associações defensoras de interesses coletivos.⁸⁶

No caso das agências reguladoras norte-americanas essas exigências foram posteriormente incorporadas ao *Administrative Procedure Act (APA)*, elaborado com a finalidade de instituir um procedimento regulatório justo.⁸⁷

O processo regulatório também costuma ser criticado por ser considerado pouco democrático e pela sua falta de legitimidade. Isso porque agentes reguladores são nomeados, e não eleitos, o que seria incompatível com a enorme gama de poderes por eles detida.⁸⁸

Na prática, o que se pode verificar é que, na maior parte das vezes, os reguladores apresentavam um histórico político, não sendo necessariamente *experts* em

⁸⁴ LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios jurídicos e regulação**. 04 de julho de 2011. 248 folhas. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 16 de maio de 2011. Arquivo digital. p. 109.

⁸⁵ LOPES, Othon de Azevedo. Op. cit., p. 110.

⁸⁶ Cf. BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*. 6. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 22. apud SILVA MOTA, Carolina Theodoro da. *Regulação e Desregulação: uma Discussão sobre Equilíbrio entre Mercado e Coletividade*. p. 14. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 174.

⁸⁷ Cf. BREYER, Stephen. Op. cit., p. 22.

⁸⁸ Cf. BREYER, Stephen. Op. cit., p. 22.

relação ao setor regulado. A crítica aqui considerou como algo ilusório acreditar que a regulação seria exercida por cientistas, profissionais ou especialistas técnicos.⁸⁹

Outro fato que se deve destacar é que os agentes econômicos tendem a usar os mecanismos da regulação a seu favor, com a assistência de advogados especializados. Dessa forma, torna-se difícil para o órgão regulador distinguir o que é interesse público do que é interesse privado das partes.⁹⁰

Considerando as críticas ao modelo das agências reguladoras, revela-se a importância de um aprimoramento na relação entre a sociedade e o Estado, com a ampliação da participação cidadã no processo de tomada de decisões da administração Pública com relação ao desempenho de suas funções estatais, especialmente quando se trata de agências reguladoras.⁹¹

Desta forma, tornam-se imprescindíveis novos instrumentos democráticos de controle e fiscalização das agências reguladoras no cumprimento de seus objetivos e finalidades. Assim, o controle social, que é complementar aos demais controles jurídicos e político-institucionais, consiste em modalidade de democracia renovadora do papel da sociedade como verdadeiro elemento político.⁹²

Há que se destacar um objetivo muito claro na configuração geral das agências reguladoras: fracionar competências antes atribuídas ao Executivo e ao Legislativo e criar um âmbito de neutralização em relação ao processo político-democrático com base no sufrágio. É, de certa forma, um insulamento burocrático pautado por uma racionalidade instrumental. Há, assim, uma regulação imparcial e técnica dos mercados, com a estabilização dos marcos regulatórios que garantem os contratos e a distribuição de propriedade, vinculados aos investimentos efetivados nos setores regulados por entidades privadas, funcionando tais órgãos até mesmo como mecanismo contramajoritários de defesa dos mercados.⁹³

A relação entre o Estado e as empresas, intermediada pelas agências reguladoras, conforma, inequivocamente, uma complexa rede de interesses e uma constatação óbvia é que essa relação é permeada de conflitos.⁹⁴

⁸⁹ Cf. BREYER, Stephen. Op. cit., p. 23.

⁹⁰ Cf. BREYER, Stephen. Op. cit., p. 23.

⁹¹ LEHFELD, Lucas de Souza. Op. cit., p. 5.

⁹² LEHFELD, Lucas de Souza. Op. cit., p. 6.

⁹³ LOPES, Othon de Azevedo. Op. cit., p. 120.

⁹⁴ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. *Marco Regulatório e Assimetria de Informações*. In: **Revista Gestão e Planejamento**, ano 5, nº 9. Salvador: 2004. p. 2

Conforme assevera Pastor, “O Estado não compete com o empresário privado, porém o regula. Muitas das empresas privadas eram monopólios, e o Estado deve regular sua atividade para evitar abusos de posição de domínio nos mercados correspondentes. Não cabe dúvida de que essa regulação está chamada a permanecer: se fará mais inteligente, mais flexível, quiçá menos onerosa, porém não desaparecerá. Estado e empresa repartem as funções; se criam âmbitos em que a empresa privada pode operar... porém sempre sujeita a regras. O estado não é o inimigo natural, porém tampouco é um sócio: é um vigilante”.⁹⁵

Discutir essa relação é, portanto, uma tarefa que nos permite vislumbrar um rol de desafios. O primeiro desses desafios diz respeito à legitimidade. Ao aspirar exercer uma função regulatória como elemento central de uma rede, ao Estado se exige uma postura de neutralidade inerente à figura dos árbitros. Essa neutralidade, ainda que apenas uma aspiração, precisa ser legitimada pelos contendores, sob pena de perda das condições mínimas para o exercício do seu papel institucional.⁹⁶

Nesse sentido, a defesa do interesse público não pode ficar apenas circunscrita ao discurso, mas precisa ser confirmada através de atitudes que sejam efetivamente reconhecidas por todos os elementos, inclusive no macroambiente institucional que a circunda. O reconhecimento público da sua atuação imparcial tende a reforçar o seu papel, legitimando-o não apenas como “marca”, mas como instância independente dos interesses em jogo. Esse é um dos elementos fundamentais da mudança institucional.⁹⁷

Outro desafio a ser superado é o da transparência ou visibilidade. Para isso as regras do jogo devem ser previamente estabelecidas e tornadas públicas. O estabelecimento de algumas “cláusulas pétreas” nos contratos de concessões de serviços de infraestrutura, poderá auxiliar na redução de ações oportunistas, voltadas para os interesses dos setores mais organicamente fortalecidos.

Ademais, uma postura transparente favorece a própria legitimidade da ação do órgão regulador, na medida em que reduz as possibilidades de manipulação ou de aprisionamento de um ou outro membro da rede. Esse é o segundo elemento crucial para a mudança institucional.⁹⁸

⁹⁵ PASTOR, Alfredo. *El Estado: un nuevo socio*. In: **Revista de Antiguos Alumnos**. España: IESE. 1999. p. 14

⁹⁶ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 4.

⁹⁷ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 6.

⁹⁸ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 7.

A competência técnica aparece como outro grande desafio. A consolidação de um capital humano com a devida formação para o exercício da atividade regulatória requer uma política agressiva de profissionalização desses quadros, que irão exercer funções absolutamente novas, não só do ponto de vista técnico propriamente dito, mas também político e gerencial. Esse é um desafio que vem se demonstrando difícil de ser contornado, na medida em que as agências, não obstante o tempo decorrido desde sua criação, ainda carecem de quadros profissionais próprios, estruturados em carreiras típicas de um Estado regulador. Esse parece ser o elemento crucial para atenuar o desequilíbrio gerado pelo fenômeno da assimetria de informações. Finalmente, não se pode deixar de destacar o desafio da autonomia.⁹⁹

O reconhecimento de que a atividade regulatória é um jogo político requer o desenvolvimento de habilidades de negociação em que o interesse público esteja sempre colocado como alvo central. Pode-se dizer que a autonomia dos órgãos reguladores é uma aspiração a ser permanentemente perseguida e reconstruída sempre que os alicerces dessa imbricada teia de interesses sejam desequilibrados por práticas que se observem danosas aos interesses maiores da sociedade.¹⁰⁰

5 O poder regulamentar das agências reguladoras

5.1 Fundamentação jurídica do poder regulamentar das agências reguladoras

Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o legislativo seja o Executivo, ainda que por meio e órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocabulário em sentido amplo, que abrange inclusive a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.¹⁰¹

Regulamentar significa também ditar normas jurídicas, porém, no Direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84.

⁹⁹ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 7.

¹⁰⁰ QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Op. cit., p. 8.

¹⁰¹ O significado do termo “regular” no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, de Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar e Francisco Manoel de Mello Franco vem descrito como: “1. estabelecer regras para (a lei regula os direitos dos trabalhadores) 2. sujeitar a regras, dirigir, regrar (r. o comportamento durante as refeições) 3. dirigir em conformidade com as regras estabelecidas (r. uma seção). 4. esclarecer e facilitar por meio de disposições a execução de lei, regulamentar.

IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.¹⁰²

Na ordem jurídica brasileira, o vocabulário “regulação” surgiu no texto constitucional de 1988, com a referência ao Estado Regulador brasileiro, como forma de definir o papel estatal no domínio econômico, em substituição ao modelo do Estado do Bem-Estar Social. O uso da expressão se fortaleceu com a materialização dessa modificação do perfil estatal com a introdução das agências reguladoras nos setores econômico-estratégicos abertos à participação da iniciativa privada, como energia elétrica, petróleo e telecomunicações.¹⁰³

No Brasil, esses órgãos reguladores foram instituídos por lei, com natureza jurídica de autarquias de regime especial, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade. A expressão *regime especial*, por determinação legal, compreende a perspectiva de atribuir a esses órgãos maior autonomia no exercício de suas competências normativa (quase legislativa) e decisória (quase judicial), bem como garantir a estabilidade de seus quadros em virtude dos mandatos fixos estabelecidos para seus diretores.¹⁰⁴

5.2 Limitações ao poder regulamentar das agências reguladoras

No entanto, alguns defensores da função normativa das agências, buscando justificá-la fazem justamente com fundamento numa tentativa de construção da teoria do regulamento autônomo brasileiro, em que a competência regulamentar não seria competência exclusiva do chefe do Poder Executivo como entende a doutrina tradicional. Entendem que a competência normativa das agências reguladoras é inerente à própria atividade reguladora que devem exercer e que está descrita nas leis que a instruíram.¹⁰⁵

A posição de Cuellar é a de que o poder das agências reguladoras é legítimo desde que possua alguns limites e que possa estar sujeito a controles, especialmente do Poder Judiciário:

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 50.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 196.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 197.

¹⁰⁵ STUCHI, Carolina Gabas. *Regulação e Desregulação diante dos Princípios da Administração Pública* p. 2. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 96.

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 novo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o Direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições 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 demais entes da Federação, e submeter-se a controle do Poder Judiciário.¹⁰⁶

A competência normativa também é resultado da autonomia ampliada dessas autarquias em razão de sua qualificação especial, às quais compete estabelecer normas de comportamento para o mercado sob regulação econômica, nos termos da legislação pertinente. Essa função quase legislativa fundamenta-se na necessidade de uma gestão pública dinâmica dos setores recém-privatizados, com a aproximação da Administração Pública ao perfil das empresas privadas e às particularidades da área econômica.¹⁰⁷

Outra justificativa utilizada para dar fundamento à função normativa das agências reguladoras, ou seja, a delegação legislativa, é a explicação do Direito americano, inspirador do modelo brasileiro de agências reguladoras, para o poder normativo de suas agências administrativas, conforme entende Moraes:

As agências reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação de finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades. O poder legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – *standards* – cabendo às agências reguladoras a atribuição da regulamentação específica, pois passarão a exercer, de maneira exclusiva, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à administração direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de concessões e permissões.¹⁰⁸

Também com base na delegação, porém com fundamento no princípio constitucional da eficiência na administrativa, Ferraz Júnior justifica a figura da delegação e sua legalidade:

Condicionada à previsão legal (legalidade em sentido de legitimação), a correspondente delegação (direta ao órgão) não se confunde nem com as delegações do fiel cumprimento nem com a lei delegada. Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no

¹⁰⁶ CUÉLLAR, Leila, **As agências reguladoras e seu poder normativo**. Dialética: São Paulo, 2001, p. 141.

¹⁰⁷ LEHFELD, Lucas de Souza. Op. cit., p. 31.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *As agências reguladoras*. p. 8. In: **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, ano 90, vol. 791, p. 739-756, julho 2000.

ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido do controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu supedâneo. Mas eficiência confere a elas também limites próprios.¹⁰⁹

O ponto de inflexão do tema do poder normativo no âmbito da Administração, especialmente dos entes reguladores, não está na mera edição de programas gerais e abstratos, mas na possibilidade que eles podem vir a ter de primariamente inovar, construindo sentido autônomo dentro do sistema formal de regras jurídicas (ordenamento).¹¹⁰

O influxo de imperativos especialmente do sistema econômico exige como prestação necessária e indispensável por parte do direito uma capacidade normativa de conjuntura que não pode ser fornecida pelos instrumentos clássicos do processo legislativo, dado o tempo de sua maturação e sua não especialização.¹¹¹

O que se tem nesse caso são demandas sistêmicas cognitivamente absorvidas pelo direito, resultando numa nova estruturação do direito, semelhante ao que ocorre com o poder regulador conferido às autarquias de regulamentação profissional.¹¹²

Entretanto, as agências não podem baixar normas que afetem direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constitui a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito.¹¹³

6 Aspectos econômicos da participação pública

Segundo Downs, o governo é definido como aquele agente especializado na divisão do trabalho que pode impor suas decisões sobre todos os outros agentes ou indivíduos. Um governo democrático é aquele escolhido periodicamente por meio de

¹⁰⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. p. 1. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 5, v. 35, p. 154, novembro-dezembro 2000.

¹¹⁰ LOPES, Othon de Azevedo. Op. cit., p. 128.

¹¹¹ LOPES, Othon de Azevedo. Op. cit., p. 129.

¹¹² LOPES, Othon de Azevedo. Op. cit. p. 130.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. p. 31 In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 49.

eleições populares nas quais dois ou mais partidos competem pelos votos de todos os adultos. O partido, por sua vez, é uma equipe de indivíduos que tem como função formular e executar políticas governamentais.¹¹⁴

No mundo todo, os governos dominam a cena econômica. Seus gastos determinam se prevalece o pleno emprego, seus impostos influenciam incontáveis decisões, suas políticas controlam o comércio internacional e suas regulamentações domésticas se estendem a quase todo ato econômico. Embora os governos sejam de crucial importância em todas as economias, a teoria econômica não produziu uma regra satisfatória de comportamento para eles, comparável às regras que se usa para prognosticar as ações de firmas e consumidores.

Como o comportamento governamental segue uma regra diferente da que regula as firmas privadas ou os indivíduos, os métodos de governo de alocar seus recursos não são os mesmos que aqueles empregados no setor privado. Todavia, a alocação governamental tem um impacto enorme sobre o setor privado – até mesmo sobre os métodos de alocação que os agentes privados utilizam.¹¹⁵

Nos setores privados da economia, os recursos são alocados para aqueles usos de maior retorno marginal líquido. Esse processo continua até que os retornos líquidos, na margem, sejam iguais em todas as direções, tanto para cada unidade de planejamento quanto para a economia como um todo. Assim conclui o raciocínio geral da teoria econômica tradicional.¹¹⁶

Um governo, que sempre busca maximizar votos, no entanto, perturba esse equilíbrio marginal impondo certos custos obrigatórios a alguns dos que tomam decisões e tornando disponíveis, para outros, benefícios subsidiados.¹¹⁷

O processo de regulação econômica conduzido pelas agências reguladoras federais no Brasil é um exemplo desse fenômeno. Os interessados nas decisões são o próprio governo, os concessionários e os usuários dos serviços, e as decisões, via de regra, têm impacto no longo prazo.¹¹⁸

Outro conceito fundamental que afeta a tomada de decisão é a chamada incerteza, que pode ser definida como a falta de conhecimento seguro sobre o curso de acontecimentos passados, presentes futuros ou hipotéticos. Em termos de qualquer

¹¹⁴ DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1999 p. 41

¹¹⁵ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 52.

¹¹⁶ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 54.

¹¹⁷ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 55.

¹¹⁸ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 57.

decisão específica, a incerteza pode variar quanto à possibilidade de eliminação, à intensidade e à relevância. Quase toda incerteza é removível através da obtenção de informação, se uma quantidade suficiente de dados estiver disponível.¹¹⁹

A intensidade da incerteza numa dada situação é expressa pelo grau de confiança com que aquele agente toma suas decisões. Se o conhecimento adicional esclarece a situação e aponta de modo mais forte para uma alternativa como sendo a mais racional, sua confiança varia em relação direta à quantidade de dados que possui. Inversamente, informações adicionais podem contradizer o que já se sabe, de modo que a confiança diminui à medida que se aprende.¹²⁰

Entretanto, como regra geral, quanto mais informação aquele que toma decisão obtém, mais confiante em tomar decisão certa se torna. E, quanto mais confiante fica, menos deve descontar os ganhos provenientes de sua certeza no planejamento de sua alocação global de recursos. Portanto, a informação é valiosa se aumentar a confiança em uma decisão correta, mesmo que não mude a decisão a que se chegou empiricamente.¹²¹

No entanto, os retornos marginais desse uso de dados diminuem rapidamente, tendendo a zero, isto é, quanto mais confiante um agente está em relação a sua decisão, menos ele acredita que pode ganhar com base em informações adicionais.¹²²

Tratando-se do processo de tornar-se informado, a teoria econômica tradicional presume que quantidades ilimitadas de informação gratuita estão disponíveis para os que tomam decisões. Essa situação não ocorre quando existe a incerteza e a informação só pode ser obtida com um custo, a exemplo da tomada de decisão política, e aquela que ocorre no âmbito de um setor econômico regulado pelo Estado.¹²³

A tomada de decisão é um processo que consome tempo e outros recursos escassos, desse modo, deve-se praticar economia na determinação de quantos recursos serão empregados nele. Esse fato força os que tomam decisões a selecionar apenas parte da informação total disponível para uso ao fazer escolhas. Os princípios de seleção usados dependem da finalidade para qual a informação é um meio, mas alguns

¹¹⁹ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 96.

¹²⁰ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 97.

¹²¹ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 97.

¹²² DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 98.

¹²³ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 237.

princípios são inerentes em todo relato, assim, toda informação é tendenciosa por sua própria natureza.¹²⁴

Numa sociedade complexa, a informação que é usada por um cidadão é frequentemente reunida, transmitida e analisada por outros. Se for para o usuário saber o que sua informação realmente significa em termos de sua tomada de decisão, ele deve ter certeza de que esses outros têm os mesmo princípios de seleção que ele, ou como seus princípios diferem dos dele.¹²⁵

No caso das agências reguladoras, a mesma informação que é disponibilizada aos concessionários também é disponibilizada aos usuários, mas existe um evidente déficit de conhecimento por parte desses últimos.¹²⁶

Quando um indivíduo racional poderia parar de considerar os prós e contras de uma situação e tomar uma decisão? A questão, em si, sugere que decisões individuais envolvem custos. Por essa razão os indivíduos tipicamente rotinizam muitas escolhas do dia-a-dia e adotam um padrão que dita seu comportamento para decisões individuais. Este método reduz os custos das tomadas de decisão individuais, uma vez que requer esforço consciente, investimento, somente quando uma norma de comportamento está prestes a ser quebrada ou modificada de alguma forma. Presumivelmente, o próprio indivíduo racional passa por um processo de escolha constitucional quando ele escolhe este padrão de comportamento básico.¹²⁷

Não há razão para esperar que o comportamento do indivíduo em confronto com escolhas políticas seja fundamentalmente diferente do que descreve suas escolhas puramente privadas. Em ambos os casos, ele deve chegar a uma decisão. A diferença essencial entre a escolha individual e a escolha coletiva é que a última requer mais do que um tomador de decisões. Isso significa que duas ou mais unidades decisoras separadas devem concordar com uma única alternativa, e é no alcance de um acordo entre dois ou mais indivíduos que os custos de tomada de decisão coletiva são refletidos, que é a razão pela qual estes custos tendem a ser maiores do que a mera soma dos custos de tomada de decisões individuais tomadas separadamente.¹²⁸

¹²⁴ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 237.

¹²⁵ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 238.

¹²⁶ BUCHANAN, James M. & TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent**. University of Michigan Press, 1965. p. 97.

¹²⁷ BUCHANAN, James M. & TULLOCK, Gordon. Op. cit., p. 97.

¹²⁸ Segundo BUCHANAN & TULLOCK, *“There is no reason to expect that the individual’s behavior in confronting political choices is fundamentally different from that which describes his purely private choices. In either case, he must reach a decision. The essential difference between individual choice and collective choice is that the latter requires more than one decision-maker. This means that two or more*

Cada cidadão ou grupo de interesse decide quanta informação adquirir utilizando o princípio básico de custo-retorno da economia. O retorno marginal proveniente de uma informação é calculado primeiro pesando a importância de se tomar uma decisão certa, em vez de errada. A esse valor é aplicada a probabilidade de que a informação será considerada útil na tomada de decisão. O custo marginal é o custo de oportunidade de adquirir essa informação. Grande parte desse custo pode ser transferida daquele que toma a decisão para outro, mas o tempo para assimilação é um custo não-transferível. O que toma decisão continua a adquirir informação até que o retorno marginal se equipare ao custo marginal para ele.

Para evitar o exame de todos os dados existentes, os que tomam decisões procuram fontes de informação que concentram sua atenção em certas áreas relevantes do conhecimento. Cada um seleciona alguns coletores e transmissores e os molda num sistema próprio de aquisição de informação. Para ser racional, esse sistema deve ter o viés apropriado, estar bem focalizado, fornecer dados adequados, mas não supérfluos, e conter alguma pluralidade interna.¹²⁹

A exemplo do que ocorre nos governos e nas agências reguladoras setoriais de infraestrutura, em âmbito mais restrito, como parte intrínseca do ato de governar, ou de regular, grandes quantidades de dados são distribuídos. Esses dados incluem diretrizes administrativas, promulgação de novas normas, anúncios de resultados de pesquisas e outros informes. A grande maioria desses dados são configurados unicamente pelas necessidades e não têm natureza política. Não obstante, fornecem importantes evidências para os cidadãos que tomarão decisões, porque informam esses cidadãos que políticas o órgão está executando. Como quaisquer mudanças nas diretrizes fundamentais devem ser particularmente bem providas de instruções aos afetados, muita dessa informação se concentra em áreas diferenciais de ação.¹³⁰

Nesse contexto, para obter quaisquer benefícios basta que o cidadão mantenha um contato puramente superficial, que garante que ficará informado das mudanças mais importantes. Mas essa superficialidade pode lhe fazer deixar passar dados mais significativos, mas menos divulgados. No conjunto, portanto, é duvidoso se a informação não política fornecida auxilia ou não o cidadão a concentrar a atenção nas

separate decision-maker units must agree on a single alternative; and it is in the reaching of agreement among two or more individuals that the costs of collective decision-making are reflected, which is the reason why this costs will tend to be more than the mere sum of individual decision-making costs taken separately”.

¹²⁹ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 239.

¹³⁰ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 245.

áreas diferenciais. Apenas se ela for filtrada por agentes profissionais o joio será separado do trigo, de modo que o volume total não seja esmagador. Nesse caso, o foco deve ser dado pelos próprios agentes, não pelo órgão. No caso da regulação, tanto o governo, compreendido como o grupo político hegemônico, quanto os agentes setoriais se estruturam para executar essa tarefa, já os usuários necessitam de auxílio.¹³¹

Em qualquer sociedade marcada por uma ampla divisão do trabalho e pela presença da incerteza, o custo da informação tem que ser diferente para indivíduos diferentes, donde se conclui que a quantidade de dados que é racional para um indivíduo adquirir pode ser muito maior ou muito menor que a quantidade que é racional para outro indivíduo, mesmo quando os retornos provenientes de informação são iguais para todos.

Numa sociedade hipotética, povoada por indivíduos racionais, com inteligência igual, interesse igual nas políticas governamentais e rendas iguais, esses indivíduos não seriam, todavia, igualmente bem informados politicamente e, muitos deles, por delegarem suas decisões, seriam quase nada informados. A divisão do trabalho sempre coloca os indivíduos em diferentes posições sociais, com acesso a informações variadas e variadas necessidades de informações e a comunicação de conhecimento especializado tem custo.¹³²

Logo, qualquer conceito de democracia baseado num conjunto de cidadãos igualmente bem informados é irracional, pois pressupõe que os cidadãos se comportem irracionalmente. As bases de poder político, diferencial numa democracia, se radicam na natureza mesma da sociedade. Além disso, às forças diferenciadoras citadas anteriormente adiciona-se a distribuição desigual de renda. Toda informação é cara e os agentes com rendas elevadas podem arcar com os custos de obtê-la. Esse fato distorce o princípio da igualdade política, que está no núcleo da teoria democrática.¹³³

Em síntese, nas democracias modernas, um fluxo de informações é fornecido isento de custos transferíveis e, embora nem todos recebam a mesma quantidade de dados gratuitos, cada um usa o que está à sua disposição para decidir se vale a pena ou não obter mais informação.¹³⁴

A pré-concentração da atenção nas chamadas áreas diferenciais é um pré-requisito para a ação política racional. Essa finalidade é cumprida pelos fornecedores de

¹³¹ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 246.

¹³² DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 254.

¹³³ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 254.

¹³⁴ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 255.

informação política que agem por variadas razões de interesse pessoal. Para reduzir seus custos pessoais de obtenção de dados, o cidadão racional pode começar a usar mais informações gratuitas, que ele provavelmente obterá de outras pessoas em vez dos meios de comunicação. Outro método de redução de custos é aceitar informação subsidiada, embora, ao fazê-lo, o cidadão possa perder algum controle sobre os princípios de seleção por trás da informação.¹³⁵

Em sociedades complexas, uma parte essencial da tomada de decisão política é a delegação a outrem de diversos passos no processo. Quase toda obtenção de dados e muita análise factual são feitas por agentes especializados, em vez daqueles que tomam a decisão. Ao utilizar esses agentes os cidadãos podem cortar seus custos enormemente.¹³⁶

Decisões avaliativas são mais difíceis de delegar porque não há padrões profissionais pelos quais se podem reconhecer especialistas. Aqueles que delegam têm, portanto, que selecionar apenas agentes cujas metas sejam semelhantes às suas próprias e cuja informação seja mais ampla que sua própria. É muito provável que a delegação de avaliação seja feita a outras pessoas, em vez do grupo de interesse ou peritos profissionais.¹³⁷

Mesmo quando os retornos provenientes de informação são muito altos isso é racional e explica, em parte, o surgimento dos chamados grupos de pressão, muito comuns no âmbito político e, igualmente atuantes nos setores de infraestrutura sob regulação estatal.¹³⁸

A hipótese que explica a importância crescente desses grupos que atuam na defesa de interesses específicos, ao longo do último meio século, não precisa se apoiar na presunção de um declínio na moralidade pública. Uma hipótese simples e muito mais aceitável é que a atividade de um grupo de interesse, medido em termos de custos de organizacionais, é uma função direta de os lucros esperados a partir de o processo político por grupos funcionais.¹³⁹

No entanto, como a importância do setor público tem aumentado em relação ao setor privado, e essa expansão tomou a forma de um impacto cada vez mais diferenciado ou discriminatório em grupos separados e identificáveis da população, o

¹³⁵ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 256.

¹³⁶ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 256.

¹³⁷ DOWNS, Anthony. Op. cit., p. 256.

¹³⁸ BUCHANAN, James M. & TULLOCK, Gordon. Op. cit., p. 288.

¹³⁹ BUCHANAN, James M. & TULLOCK, Gordon. Op. cit., p. 288.

aumento do investimento na organização destinada a assegurar ganhos por meios políticos é um resultado previsível.¹⁴⁰

Em se tratando de setores econômicos sob regulação estatal, os mecanismos de participação pública são uma das formas que esses grupos atuam para legitimarem suas demandas frente às instituições reguladoras.

7 A participação popular nos atos da administração pública no Brasil

No âmbito do Direito público, a questão da participação vincula-se estritamente à interferência na realização e controle das funções estatais e na própria elaboração do Direito positivo.¹⁴¹

A participação administrativa, ou a participação no âmbito da administração pública, considerando este sentido amplo, corresponde a todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado. Mas participação popular¹⁴² na administração pública é conceito necessariamente mais restrito: trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo.¹⁴³

O interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele

¹⁴⁰ BUCHANAN, James M. & TULLOCK, Gordon. Op. cit., p. 288.

¹⁴¹ MODESTO, Paulo. *Direito e Poder Político. Estado e Direito - O Problema da Legitimidade*. p. 2. In: **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo ano 84, vol. 711: 1995. p. 57.

¹⁴² Segundo AGUILLAR, A participação popular é espécie do gênero controle social. O controle social coexiste em permanente tensão com o controle estatal. Quanto maior é o controle estatal menor é o controle social e vice-versa. O controle social pleno e absoluto é a negação da capacidade do Estado de interferir nas questões de interesse da sociedade. A sociedade exerce, por suas próprias formas, o controle pleno das ações sociais. Ao contrário, a falta de controle social permite um domínio regulatório absoluto do Estado das atividades sociais.¹⁴² Na sociedade democrática, nem o controle estatal puro, nem o controle social absoluto são desejáveis. É preciso que haja uma permeabilidade entre a sociedade e o Estado. Na democracia, o Estado ganhará legitimação na medida dessa capacidade de permitir o influenciamento da população no exercício do poder constituído. À simples legitimação do poder pela origem, contrapõe-se, portanto, a legitimação do exercício do poder.

¹⁴³ MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que, por isso mesmo, pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.¹⁴⁴

Para exemplificar a importante distinção entre um e outro, comparem-se as seguintes hipóteses: se o Estado causar dano a terceiros e indenizá-los das lesões infringidas estará se revelando obsequioso ao interesse público, pois isto é o que determina o art. 37, § 6.º da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar, mesmo consciente de haver produzido os danos, estará contrariando o interesse público, no afã de buscar um interesse secundário, concernente somente ao aparelho estatal: um interesse de subtrair-se das despesas, conquanto devidas, para permanecer menos onerado patrimonialmente, lançando, destarte, sobre os ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidirem com interesses primários.¹⁴⁵

7.1 Formas de controle social previstas na Constituição

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.

No texto constitucional podem ser apontados vários exemplos, tais como:

- A participação da comunidade nas ações de seguridade social (art. 194, VII);
- A participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários (art. 10);
- A colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (art. 29, XIII);
- A colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade (art. 31, § 3º);
- A participação dos usuários dos serviços públicos na administração direta e indireta (art. 37, § 3º);

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT. São Paulo, 1991, p. 21.

¹⁴⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p. 22.

- A realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil (art. 58, II);
- A participação da comunidade, na gestão administrativa das ações de seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso VII);
- A participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (art.198, III);
- A colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação, direito e dever de todos (art. 205);
- Colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º);
- O exercício, pela coletividade, do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225);
- A participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes (art. 227, § 1º);
- A participação pública, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e controle das ações de assistência social, em todos os níveis (art. 204), bem como em defesa da criança e do adolescente (art. 227, § 7º).

Embora, na última década, tenha crescido muito a institucionalização de associações civis com marcante atuação em todo o território nacional, ainda está pouco desenvolvida a formação de uma consciência cívica participativa dos cidadãos brasileiros.¹⁴⁶

Uma das formas mais significativas da democracia participativa reside na constituição de conselhos, que atuam na discussão e formação de políticas de gestão pública, contando com a representação de expressivos setores da sociedade civil.¹⁴⁷

Não obstante a Constituição e as leis ordinárias sejam fartas na criação de tais conselhos representativos, entretanto, sua efetiva atuação, por vários meios, é extremamente dificultada. Em muitos casos, a participação das sociedades civis em conselhos mantém uma função meramente simbólica e decorativa.¹⁴⁸

¹⁴⁶ BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Democracia participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil.** Teresina: Jus Navigandi, 2006. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7752>. (Consultado em 12/11/2008). p. 1.

¹⁴⁷ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Op. cit., p. 2.

¹⁴⁸ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Op. cit., p. 2.

Entretanto, a efetiva participação, em tais conselhos, de representantes de associações civis, ainda que sejam estes, na maior parte das vezes, minoritários, é de grande importância para o controle social das políticas de gestão pública.

Esses órgãos propiciam às entidades que representam, na medida em que, com as mesmas, mantenham permanente ligação e interação, e que lhes prestem contas de seu desempenho, um melhor conhecimento dos diversos aspectos de aplicação de tais políticas, de forma a orientar o eficiente emprego das outras múltiplas formas de participação e controle social asseguradas pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional.¹⁴⁹

7.2 A participação pública na Administração Pública brasileira

Há múltiplas formas de ação da sociedade civil para efetuar o controle social participativo consagradas na Constituição e na lei. É importante a sua efetiva participação em audiências públicas, em consultas públicas, asseguradas pelo nosso ordenamento jurídico, em vários setores e em vários níveis de atuação. Pode fazê-lo, mais ainda, através de reclamações perante o Executivo, perante as comissões do Legislativo, através de representações ao Tribunal de Contas. Pode, até, se for o caso, usar da via judicial, sobretudo através da ação civil pública. Pode provocar o Ministério Público para que atue em defesa dos interesses da coletividade.¹⁵⁰

A primeira forma de interferência, que vários autores se recusam inclusive a nomear como forma de participação, deve ser enquadrada como forma de participação subjetiva, garantística, relacionada à tutela dos interesses individuais dos agentes que tomam parte da decisão administrativa, configurando situações comuns desde o advento do Estado Liberal de Direito; não realizam, de fato, participação pública. Ayres Brito, por exemplo, a qualifica como forma de "controle social da administração", mas não de participação pública.¹⁵¹

A segunda, a participação cidadã em sentido estrito, diz respeito a um grau mais amplo de desenvolvimento político, pois refere a formas de participação objetiva,

¹⁴⁹ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Op. cit. p. 3.

¹⁵⁰ AYRES BRITTO, Carlos. *Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular*. p. 4. In: **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, ano 46, n.º 189, p. 114-116, julho-setembro 1992.

¹⁵¹ AYRES BRITTO, Carlos. Op. cit., p. 117-119

semidiretas ou diretas do povo na condução da função administrativa do Estado. São exemplos: a participação do cidadão na composição do Conselho de Contribuintes; a denúncia de irregularidades ou do abuso de poder, mediante representação; a participação em conselhos deliberativos onde são debatidos temas de interesse geral, a participação em audiências públicas, a reclamação relativa à prestação dos serviços públicos, entre outras formas.¹⁵²

A Administração Pública, em regra, não está obrigada a aceitar as sugestões, impugnações e críticas de seus membros, mas é fundamental uma participação pública atuante e responsável. A experiência prática da participação em conselhos, audiências públicas, consultas públicas, nos diz que, afinal, sempre a Administração se enriquece com as sugestões dos participantes efetivamente atuantes, que inquiram, contestam, reivindicam, e que, por isso mesmo, granjeiam a atenção e o respeito geral. É dever do representante da sociedade civil participante de conselhos atuar, manifestar seu pensamento, criticar, apresentar sugestões, usar seus direitos de conselheiro para pedir vista dos processos, pedir informações, reivindicar participação em comissões técnicas, fazer relatórios, convocar reuniões.¹⁵³

Para ser efetiva, a participação pública deve ser construtiva, sempre apontando soluções objetivas para os problemas; e imparcial, comprometida apenas com o interesse da coletividade que representa.¹⁵⁴

7.3 A participação pública nos atos das agências reguladoras

O Direito brasileiro incorporou, principalmente do Direito norte-americano, a ideia de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos e conseqüentemente a noção de gerenciamento e fiscalização por meio de agências reguladoras.¹⁵⁵

O problema surge, no Direito brasileiro, na medida em que se adotou o modelo das agências norte-americanas, mas não se adotou, com a mesma intensidade, o procedimento de participação, que é o que dá legitimidade aos atos por elas executados.

¹⁵² AYRES BRITTO, Carlos. Op. cit., p. 120-122

¹⁵³ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Op. cit., p. 3.

¹⁵⁴ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Op. cit., p. 4.

¹⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20

Para suprir tal deficiência é preciso que os instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências sejam efetivamente postos em prática.¹⁵⁶

Assim, a regulação, como novo tipo de Direito, pode ser baixado pelas agências, desde que resulte de negociação, de consenso, de participação dos interessados. É um tipo de Direito a que falta a característica da imposição unilateral de regras de conduta. Daí a previsão, nos Estados Unidos, de um procedimento a ser necessariamente observado pelas agências para elaboração dos seus regulamentos, sob pena de ilegalidade. Lá, as agências têm que se manifestar sobre as questões dos interessados e têm que motivar todas as suas normas, inclusive demonstrando sua razoabilidade, em termos de relação custo-benefício, ficando esta motivação sujeita a controle judicial. E o procedimento é ainda mais rigoroso quando possa afetar direitos dos cidadãos.¹⁵⁷

A instituição de um sistema de controle material da Administração Pública é extremamente complexa, entre outras razões, porque necessariamente teria que incluir alguma forma de manifestação, não apenas na qualidade de usuários dos serviços públicos e destinatários da atividade administrativa, mas também como financiadores dessa atividade e titulares do poder em nome de quem essa atribuição é exercida.¹⁵⁸

Outro tema que está sempre imbricado com as justificativas das funções das agências reguladoras é o do controle de seus atos administrativos. Isto se deve, primordialmente, ao fundamento jurídico da existência das mesmas ainda estar em fase de consolidação. A necessidade de controle parece essencial para a legitimação desses novos entes administrativos.¹⁵⁹

Trata-se da problemática de harmonizar uma busca por autonomia e independência das agências em relação aos poderes estatais com a tomada de decisões relevantes para toda a sociedade, ou seja, de como atribuir legitimidade democrática aos atos das agências se estes são tomados por agentes não eleitos.¹⁶⁰

O usuário dos serviços de telecomunicações ou energia elétrica, por exemplo, que envolvem sofisticadas questões tecnológicas, não tem elementos técnicos para opinar sobre a conveniência e adequação das decisões administrativas envolvendo esse

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. p. 30 In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 48.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 30.

¹⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo, 2000, Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. p. 117.

¹⁵⁹ STUCHI, Carolina Gabas Op. cit., p. 3.

¹⁶⁰ STUCHI, Carolina Gabas Op. cit., p. 3.

serviço. Se os tivesse, ainda assim teria dificuldades para manifestar-se institucionalmente, concordando ou discordando dessas decisões.¹⁶¹

Dessa forma, tem relevância o desenvolvimento de mecanismos institucionais para permitir uma representatividade técnica dos usuários no processo de deliberação sobre assuntos de seu interesse. Essa nova forma de representatividade poderia suprir a enorme lacuna, apontada com frequência em relação ao Congresso.¹⁶²

Todas as agências reguladoras federais foram criadas por lei ordinária, mas, do posto de vista da estrutura normativa, dois setores merecem destaque, o de telecomunicações e o de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, pois a criação das respectivas agências reguladoras setoriais tem previsão constitucional.¹⁶³

As demais agências reguladoras setoriais não têm previsão expressa na Constituição, mas suas respectivas leis de criação têm de estar em harmonia com o texto constitucional.

As agências reguladoras foram criadas e estruturadas segundo um conjunto de normas semelhante, composto por leis, decretos e resoluções ou portarias, que estabelecem, dentre outras tantas providências, as formas de controle social e participação pública sobre seus atos, especialmente no que diz respeito à realização de reuniões e audiências públicas, que têm por objetivo a divulgação dos atos e o

¹⁶¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 222.

¹⁶² AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p. 223.

¹⁶³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 21. Compete à União:

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;

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

recebimento de contribuições da sociedade, principalmente durante a elaboração de atos normativos.

A Agência Nacional de Águas – ANA foi criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 e esta lei estabelece algumas diretrizes quanto à participação pública, em especial quanto à articulação com demais entidades da sociedade para implementação de políticas setoriais¹⁶⁴, dando, inclusive, comando para que a agência estimule e apoie iniciativas voltadas para a criação de entidades da sociedade civil com o objetivo de participar da gestão dos recursos hídricos, os denominados Comitês de Bacia Hidrográfica.¹⁶⁵

Sobre a participação pública nos atos da ANA, além do disposto na lei de criação, o Decreto nº 3.692, de 19 de dezembro de 2000, que aprovou a estrutura regimental da agência, dispõe em seu art. 11 que, dentre as atribuições do Diretor-Presidente, incumbe presidir as audiências públicas de iniciativa da ANA.

O Regimento Interno da ANA, aprovado pela Resolução ANA nº 567, de 17 de agosto de 2009, contém uma série de comandos, inclusive um capítulo específico, que mencionam a participação pública nos atos da agência, na forma de audiência pública.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000:

Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe:

VII – estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica;

VIII – implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União;

XIII - promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias;

¹⁶⁵ O Comitê de Bacia Hidrográfica é um órgão colegiado da gestão de recursos hídricos, com atribuições de caráter normativo, consultivo e deliberativo e integra um sistema de gerenciamento de recursos hídricos, integrando as ações no âmbito dos Municípios, do Estado ou da União com o objetivo de propiciar o respeito aos diversos ecossistemas naturais; promover a conservação e recuperação dos corpos d'água e garantir a utilização racional e sustentável dos recursos hídricos. O Comitê de Bacia Hidrográfica atua na totalidade de uma bacia hidrográfica, sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário ou em grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas e é composto por representantes de órgãos e entidades públicas com interesses na gestão, oferta, controle e proteção e uso dos recursos hídricos, bem como representantes dos municípios contidos na Bacia Hidrográfica correspondente, dos usuários das águas e representantes da Sociedade Civil com ações na área de recursos hídricos, através de suas entidades associativas.

¹⁶⁶ Resolução ANA nº 567, de 17 de agosto de 2009:

Seção III - Da Secretaria-Geral - SGE

Art. 16. À Secretaria-Geral - SGE compete:

II - organizar as pautas e atas das reuniões e audiências públicas, expedindo as convocações, notificações e comunicados necessários;

Seção III - Das Atribuições do Diretor-Presidente

Art. 63. São atribuições do Diretor-Presidente:

A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC foi criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 e o segundo capítulo dessa lei dispõe sobre a criação de um órgão de participação institucional da comunidade de aviação civil na Agência, o Conselho Consultivo da ANAC.

A referida lei também dispõe sobre a realização de audiências públicas, quando as iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos.¹⁶⁷

Sobre a participação pública nos atos da ANAC, além do disposto na lei de criação, o Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, que aprovou a estrutura organizacional e o Regimento Interno da agência, dispõe que as sessões deliberativas da Diretoria que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos, ou entre estes e usuários de bens e serviços compreendidos na área de atuação da agência devem ser públicas, assim como sobre a realização de audiências públicas e a obrigação da autarquia disponibilizar na *internet* os atos normativos objetos de audiência ou consulta pública, sem prejuízo de outras formas de divulgação.¹⁶⁸

II - presidir as reuniões da Diretoria Colegiada e as audiências públicas de iniciativa da ANA, podendo ser substituído ad hoc;

Capítulo VII - Das Audiências Públicas

Art. 74. As decisões da Diretoria Colegiada poderão ser precedidas de audiências públicas com os objetivos de:

I - recolher subsídios e informações;

II - propiciar aos usuários envolvidos a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes da matéria objeto da audiência pública; e

IV - dar publicidade à ação da ANA.

Parágrafo único. As audiências públicas serão convocadas, na forma estabelecida pela Diretoria Colegiada, e serão presididas pelo Diretor-Presidente ou por um dos Diretores da ANA.

¹⁶⁷ Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005:

Art. 9º A ANAC terá como órgão de deliberação máxima a Diretoria, contando, também, com uma Procuradoria, uma Corregedoria, um Conselho Consultivo e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas.

Art. 20. O Conselho Consultivo da ANAC, órgão de participação institucional da comunidade de aviação civil na Agência, é órgão de assessoramento da diretoria, tendo sua organização, composição e funcionamento estabelecidos em regulamento.

Art. 27. As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC.

¹⁶⁸ Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006

Art. 44. As sessões deliberativas da Diretoria que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos, ou entre estes e usuários de bens e serviços compreendidos na área de atuação da ANAC, serão públicas.

Art. 45. As iniciativas ou alterações de atos normativos de competência da ANAC, que afetem os direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor, ou de usuários de serviços de aviação civil e de infra-estrutura aeroportuária e aeronáutica serão precedidas de audiência pública, convocada e dirigida pela ANAC, com os seguintes objetivos:

I - recolher subsídios para o processo decisório da ANAC;

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que institucionalizou inclusive um órgão de participação da sociedade na Agência, o Conselho Consultivo.¹⁶⁹

Quanto à participação pública, a ANATEL é uma das agências que contém os regulamentos mais detalhados.

O Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprovou Regulamento da ANATEL, tem uma seção inteiramente dedicada à composição e ao funcionamento do Conselho Consultivo.

Os integrantes do Conselho Consultivo da ANATEL não são remunerados por sua participação, cujo mandato tem duração de três anos, e são designados por decreto do Presidente da República, mediante indicação pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, entidades representativas dos usuários e entidades representativas da sociedade.¹⁷⁰

II - assegurar aos agentes e usuários dos respectivos serviços o encaminhamento de seus pleitos e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, os aspectos relevantes da matéria objeto da audiência pública; e

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANAC.

Parágrafo único. A ANAC deverá disponibilizar em seu sítio na rede mundial de computadores os atos normativos objetos de audiência ou consulta pública, sem prejuízo de outras formas de divulgação.

¹⁶⁹ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

Art. 33. O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência.

¹⁷⁰ Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997:

Art.36. O Conselho Consultivo, órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência, será integrado por doze conselheiros e decidirá por maioria simples, cabendo ao seu Presidente o voto de desempate.

§ 1º Cabe ao Conselho Consultivo:

a) opinar, antes do seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização dos serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações;

b) aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público;

c) apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;

d) requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art.35.

§ 2º Será publicado no Diário Oficial da União o extrato das decisões do Conselho Consultivo, as quais serão também inscritas na Biblioteca.

Art.37. Os integrantes do Conselho Consultivo, cuja qualificação deverá ser compatível com as matérias afetas ao colegiado, serão designados por decreto do Presidente da República, mediante indicação:

I - do Senado Federal: dois conselheiros;

II - da Câmara dos Deputados: dois conselheiros;

III - do Poder Executivo: dois conselheiros;

IV - das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações: dois conselheiros;

V - das entidades representativas dos usuários: dois conselheiros;

VI - das entidades representativas da sociedade: dois conselheiros.

§ 1º No caso dos incisos I e II, as indicações serão remetidas ao Presidente da República trinta dias antes do vencimento dos mandatos dos respectivos representantes.

§ 2º As entidades que, enquadrando-se nas categorias a que se referem os incisos IV a VI, pretendam indicar representantes, poderão fazê-lo livremente, em trinta dias contados da publicação do edital

O fato da indicação dos Conselheiros se dar por decreto da Presidência da República, por si só, já denota a importância desta modalidade de participação pública na regulação setorial das telecomunicações.

A Resolução ANATEL nº 612, de 29 de abril de 2013, que aprovou o Regimento Interno da ANATEL tem um capítulo dedicado exclusivamente à organização das audiências públicas no âmbito da agência, com detalhamentos sobre objetivos, rito de divulgação, participação, transmissão e gravação para acesso posterior pelos interessados.

A resolução da ANATEL também prevê outro instrumento de participação pública similar à audiência pública, a consulta pública, que tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões do público em geral.¹⁷¹

convocatório no Diário Oficial da União, remetendo ao Ministério das Comunicações lista de três nomes para cada vaga, acompanhada de demonstração das características da entidade e da qualificação dos indicados.

§ 3º A designação para cada uma das vagas referidas nos incisos IV a VI será feita por escolha do Presidente da República, dentre os indicados pela respectiva categoria.

§ 4º Na ausência de indicações, o Presidente da República escolherá livremente os conselheiros.

§ 5º Para a escolha dos primeiros integrantes do Conselho Consultivo, as entidades terão o prazo de dez dias, a contar da instalação da Agência, para formular suas indicações, dispensada a publicação de edital convocatório.

§ 6º A posse dos novos integrantes do Conselho Consultivo ocorrerá na primeira reunião que este realizar após a nomeação.

¹⁷¹ Resolução ANATEL nº 612, de 29 de abril de 2013:

Capítulo II - Da Audiência Pública

Art. 56. A Audiência Pública destina-se a debater ou apresentar, oralmente, matéria de interesse relevante, definida pelo Conselho Diretor.

Art. 57. A data, a hora, o local, o objeto e o procedimento da Audiência Pública serão divulgados, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência, no Diário Oficial da União, na Biblioteca e na página da Agência na Internet.

§ 1º A participação, manifestação e oferecimento de documentos ou arrazoados na Audiência Pública serão facultados a qualquer interessado, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

§ 2º A divulgação da Audiência Pública na Biblioteca e na página da Agência na Internet será acompanhada dos documentos a que se refere o § 3º do art. 59.

§ 3º O procedimento de Audiência Pública será estabelecido em Portaria.

Art. 58. A Audiência Pública será transmitida em tempo real pelo sítio da Agência na Internet, salvo inviabilidade técnica.

§ 1º A Audiência Pública será gravada por meios eletrônicos e o respectivo inteiro teor, divulgado na Biblioteca e na página da Agência na Internet no prazo de até 5 (cinco) dias após a sua realização, assegurado aos interessados o direito à obtenção de cópia.

§ 2º As críticas e as sugestões recebidas em Audiência Pública serão tratadas na forma do § 4º do art. 59.

Capítulo III - Dos Procedimentos de Consulta Pública e de Consulta Interna

Art. 59. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões do público em geral.

§ 1º A Consulta Pública pode ser realizada pelo Conselho Diretor ou pelos Superintendentes, nas matérias de suas competências.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL é a agência reguladora federal de infraestrutura mais antiga, tendo sido criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Diferentemente da ANAC e da ANATEL, a lei não dispôs sobre a criação de um Conselho Consultivo para a ANEEL.

Entretanto, antes mesmo da criação da ANEEL, a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, estabeleceu uma forma de participação pública obrigatória no âmbito das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica, que foram obrigadas a criar Conselhos de Consumidores, de caráter consultivo, para atuarem em suas respectivas áreas de concessão.¹⁷²

Quanto à participação pública, a lei de criação da ANEEL estabeleceu que o processo decisório da agência que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela própria agência.¹⁷³

§ 2º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as críticas e as sugestões serem apresentadas conforme dispuser o respectivo instrumento deliberativo.

§ 3º A divulgação da Consulta Pública será feita também na página da Agência na Internet, na mesma data de sua publicação no Diário Oficial da União, acompanhada, dentre outros elementos pertinentes, dos seguintes documentos relativos à matéria nela tratada:

I - informes e demais manifestações das áreas técnicas da Agência;

II - manifestações da Procuradoria, quando houver;

III - análises e votos dos Conselheiros;

IV - gravação ou transcrição dos debates ocorridos nas Sessões ou Reuniões em que a matéria foi apreciada;

V - texto resumido que explique de forma clara e suficiente o objeto da consulta.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, anexado aos autos do processo administrativo da Consulta Pública, contendo as razões para sua adoção ou rejeição, e permanecerá à disposição do público na Biblioteca e na página da Agência na Internet.

§ 5º Os pedidos de prorrogação de prazo de Consulta Pública serão decididos pelo Superintendente nas matérias de sua competência e, aqueles relativos a matérias sob a competência do Conselho Diretor, distribuídos ao Conselheiro Relator do processo submetido à Consulta Pública, exceto quando a ausência deste prejudicar a análise tempestiva do pedido, caso em que deverá ser realizado sorteio da matéria, nos termos do art. 9º deste Regimento.

§ 6º Na fixação dos prazos para a apresentação de críticas e sugestões às Consultas Públicas, a Agência deverá considerar, entre outros, a complexidade, a relevância e o interesse público da matéria em análise.

¹⁷² Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993:

Art. 13. O concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica criará no âmbito de sua área de concessão, Conselho de Consumidores, de caráter consultivo, composto por igual número de representantes das principais classes tarifárias, voltado para orientação, análise e avaliação das questões ligadas ao fornecimento, tarifas e adequações dos serviços prestados ao consumidor final.

¹⁷³ Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996:

Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

O Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, que aprova a estrutura regimental da ANEEL, detalha o comando legal sobre a obrigatoriedade da realização prévia de audiência pública quando o processo decisório implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo ou de anteprojeto de lei proposto pela Agência.¹⁷⁴

Além da obrigatoriedade da realização de audiência pública quando o processo decisório implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, o regimento interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME Nº 349, de 28 de novembro de 1997, estabelece que as reuniões que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, ou julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.¹⁷⁵

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

¹⁷⁴ Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997:

Capítulo V - Da Administração da Autarquia

Seção II - Da Audiência Pública

Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

Seção III - Do Processo Decisório

Art. 22. O processo decisório da ANEEL obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, ampla publicidade e economia processual.

§ 1º As reuniões da Diretoria da ANEEL que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.

§ 2º A ANEEL definirá os procedimentos para seus processos decisórios, assegurando aos interessados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁷⁵ Portaria MME Nº 349, de 28 de novembro de 1997:

Seção III - Das Reuniões Deliberativas

Art. 8º A Diretoria deverá reunir-se, ordinariamente, segundo calendário anual por ela estabelecido, ou extraordinariamente, quando houver matéria urgente, mediante convocação do Diretor-Geral ou de três dos Diretores.

§ 3º As reuniões que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.

A ANEEL também disciplina, por meio de uma resolução específica, as condições gerais para a criação, organização e funcionamento dos conselhos de consumidores de energia elétrica, no âmbito das concessionárias do serviço público de distribuição.

Essa resolução garante aos conselhos de consumidores de energia elétrica, mediante reconhecimento na tarifa de seus respectivos concessionários, espaço físico, mobiliário, equipamentos, materiais de uso contínuo e recursos para pagamento de despesas operacionais para participação de reuniões e atividades técnicas dentro e fora da respectiva área de concessão, promoção de eventos técnicos, seminários, audiências públicas e reuniões com a comunidade local sobre a prestação do serviço, pagamento de serviços administrativos, contratação de serviços de treinamento e consultoria por meio de universidades, entidades ou profissionais com notória especialização, assinatura de periódicos técnicos relacionados às atividades do setor elétrico e ações de divulgação institucional.¹⁷⁶

§ 4º As pautas das reuniões a que se refere o parágrafo anterior, se públicas, serão previamente divulgadas no sítio da ANEEL na Internet.

§ 5º A Diretoria definirá os procedimentos para seus processos decisórios, que serão incorporados às normas de organização, assegurando aos interessados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 9º A Diretoria deliberará sobre as matérias de sua competência com, no mínimo, três votos convergentes.

§ 4º As pautas das reuniões a que se refere o parágrafo anterior, se públicas, serão previamente divulgadas no sítio da ANEEL na Internet.

Art. 10. As discussões e deliberações tomadas nas reuniões da Diretoria serão registradas em atas próprias, lavradas pelo Secretário-Geral e assinadas pelos Diretores.

§ 1º A decisão sobre matéria de relevante interesse público terá súmula publicada no Diário Oficial da União.

§ 2º As decisões sobre alteração do Regimento Interno serão aprovadas por, no mínimo, quatro votos favoráveis, devendo ser publicadas no Diário Oficial da União.

Art. 11. A parte interessada em matéria apreciada pela Diretoria poderá requerer cópia autêntica do termo da decisão, mediante o pagamento do custo de reprodução correspondente.

Capítulo IX - Das Audiências Públicas

Art. 28. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública, observados os objetivos e disposições estabelecidos no art. 21 do Decreto nº 2.335, de 1997.

Parágrafo único. A Diretoria da ANEEL publicará ato próprio, definindo os procedimentos relacionados à convocação e realização de audiência pública.

¹⁷⁶ Resolução Normativa ANEEL de nº 451, de 27 de setembro de 2011:

Capítulo VI - Das Instalações Físicas e dos Recursos Financeiros

Art. 17. As instalações para o funcionamento e execução das atividades do Conselho devem ser fornecidas sem ônus pela distribuidora dentro de sua área de concessão e contar com a seguinte estrutura mínima:

I - espaço físico com ambiente para serviços administrativos e reuniões, preferencialmente em instalações da distribuidora; e

II - mobiliário, equipamentos e materiais de uso contínuo, tais como: mesas, cadeiras, material de escritório, telefone, microcomputador ou equipamento similar que permita o acesso à internet, impressora, arquivos e outros.

A Agência Nacional do Petróleo – ANP, foi criada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 que, assim como na lei de criação da ANEEL, não dispôs sobre a criação de um Conselho Consultivo.

A participação pública nos atos da ANP, entretanto, foi disciplinada nessa lei, que estabeleceu que deverão ser precedidas de audiência pública as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis.¹⁷⁷

A estrutura regimental da Agência Nacional do Petróleo foi aprovada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998, que disciplinou a realização prévia de audiência pública quando o processo decisório decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor petróleo ou dos consumidores e usuários de bens e serviços.¹⁷⁸

Parágrafo único. A estrutura prevista no caput pode ser objeto de compartilhamento com a distribuidora, devendo esta garantir o livre acesso e privacidade quando da utilização do espaço pelo Conselho, que disporá sobre o assunto em seu Regimento Interno.

Art. 18. O recurso financeiro destinado à cobertura das despesas do Conselho é determinado no Anexo I desta Resolução e deve ser disponibilizado, nas datas e valores estabelecidos no Plano Anual de Atividades e Metas, em conta bancária específica, destinada a atender exclusivamente os gastos necessários para o desenvolvimento de suas atividades.

§ 1º O valor anual destinado à cobertura das despesas do Conselho deve ser atualizado anualmente pelo Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M) por ocasião do reajuste tarifário da distribuidora.

§ 2º Os valores especificados no Anexo I serão atualizados por ocasião da revisão tarifária da distribuidora e estão sujeitos a avaliações periódicas pela ANEEL.

§ 3º As distribuidoras devem implementar os mecanismos necessários para controlar todas as despesas incorridas com os Conselhos criando, se necessário, registros auxiliares a partir do 4º grau no Plano de Contas do Setor Elétrico, especificamente na conta de Outras Despesas da Administração Central.

§ 4º O recurso financeiro disponibilizado ao Conselho para a execução do Plano Anual de Atividades e Metas deve ser levado em consideração na definição da Parcela B da receita da distribuidora nos processos de revisão tarifária.

§ 5º O valor limite estabelecido no Anexo I contempla exclusivamente as atividades definidas no art. 19, podendo a distribuidora e o Conselho ajustarem repasse em valor superior, o qual não será reconhecido tarifariamente.

§ 6º Após a prestação de contas, caso o dispêndio aprovado não atinja a totalidade dos recursos disponibilizados, o saldo restante pode ser utilizado até o final do ciclo tarifário da distribuidora, quando o eventual saldo remanescente, a ser fiscalizado e validado pela ANEEL, será revertido à modicidade tarifária na revisão tarifária subsequente.

§ 7º A distribuidora deve adotar todas as providências para viabilizar o pagamento das despesas do Conselho e a respectiva prestação de contas.

¹⁷⁷ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997:

Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

¹⁷⁸ Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998:

Art. 22. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor petróleo ou dos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo decorrente de ato

O regimento interno da ANP, aprovado pela Portaria ANP nº 69, de 6 de abril de 2011, dispõe sobre a realização de audiência pública prévia quando as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas implicarem afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.¹⁷⁹

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT foram criadas pela mesma lei, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

A participação pública nos atos da ANTAQ e da ANTT foi igualmente disciplinada na lei de criação, que estabeleceu que as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.¹⁸⁰

O Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2002 aprovou o regulamento da ANTAQ e ratificou o comando sobre a realização prévia de audiências públicas quando

administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto, será precedido de audiência pública, com os objetivos de:

I - recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório da ANP;

II - propiciar aos agentes econômicos e aos consumidores e usuários a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões;

III - identificar todos os aspectos relevantes à matéria, objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade às ações da ANP.

Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após consulta à Casa Civil da Presidência da República.

¹⁷⁹ Portaria ANP nº 69, de 6 de abril de 2011:

Capítulo XIV - Das Consultas e Audiências Públicas

Art. 56. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de consulta e audiência pública, convocadas pela Diretoria Colegiada da ANP e dirigidas pelos titulares das unidades da estrutura organizacional respectiva ou por servidores por eles indicados.

Parágrafo único. Os objetivos básicos das consultas e audiências públicas são:

I - identificar e debater os aspectos relevantes da matéria em discussão;

II - recolher subsídios, informações e dados para a decisão ou o encaminhamento final do assunto;

III - propiciar aos agentes econômicos, usuários e consumidores, a possibilidade de oferecerem comentários e sugestões sobre a matéria em discussão;

IV - dar publicidade e transparência às ações da ANP.

¹⁸⁰ Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001:

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

§ 1º Na invalidação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados.

§ 2º Os atos normativos das Agências somente produzirão efeitos após publicação no Diário Oficial, e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação.

§ 3º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento.

as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências afetarem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte.¹⁸¹

O regimento interno da agência de transporte aquaviário foi aprovado pela Resolução nº 646-ANTAQ, de 6 de outubro de 2006 e também definiu, em consonância com os demais regulamentos setoriais, a realização de audiências públicas prévias quando se vislumbra a afetação de direitos de agentes ou usuários dos serviços.¹⁸²

O regulamento da ANTT foi aprovado pelo Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, que determinou que serão precedidas de audiência pública as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte.¹⁸³

¹⁸¹ Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2002:

Art. 30. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios para o processo decisório da ANTAQ;

II - propiciar aos agentes e usuários dos serviços de transporte aquaviário a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANTAQ.

§ 1º No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia comunicação à Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Na invalidação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados.

§ 3º Os atos normativos da ANTAQ somente produzirão efeito após publicação no Diário Oficial da União, e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação.

§ 4º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos da ANTAQ, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento próprio.

¹⁸² Resolução nº 646-ANTAQ, de 6 de outubro de 2006:

Art. 13 As iniciativas de projetos de lei, alterações de atos normativos e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transportes, serão precedidas de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios para o processo decisório da ANTAQ;

II - propiciar aos agentes e usuários dos serviços de transporte aquaviário a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos e sugestões;

III- identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANTAQ.

§ 1º No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia comunicação à Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Na invalidação de atos e contratos será previamente garantida a manifestação dos interessados.

§ 3º Os atos normativos da ANTAQ somente produzirão efeito após publicação no Diário Oficial da União e, aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação.

§ 4º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, poderá requerer, no prazo máximo de trinta dias, certidão parcial ou de inteiro teor de decisões da Diretoria.

¹⁸³ Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002:

Por fim, o regimento interno da ANTT, aprovado pela Resolução ANTT nº 3000, de 28 de janeiro de 2009, ratifica o comando no sentido de exigir a realização de audiências públicas quando as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetarem os direitos de agentes econômicos ou de usuários dos serviços regulados pela agência.¹⁸⁴

Art. 32. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios para o processo decisório da ANTT;

II - propiciar aos agentes e usuários dos serviços de transporte terrestre a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANTT.

§ 1º No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia comunicação à Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Na invalidação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados.

§ 3º Os atos normativos da ANTT somente produzirão efeito após publicação no Diário Oficial da União, e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação.

§ 4º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos da ANTT, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento próprio.

¹⁸⁴ Resolução ANTT nº 3000, de 28 de janeiro de 2009:

Art. 108. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios para o processo decisório da ANTT;

II - propiciar aos agentes e usuários dos serviços de transporte terrestre a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANTT.

§ 1º No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia comunicação à Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Na invalidação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados.

§ 3º Os atos normativos da ANTT somente produzirão efeito após publicação no Diário Oficial da União e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação.

§ 4º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos da ANTT, observado o prazo máximo disposto em regulamento próprio.

8 Conclusão

A partir da análise histórica do estado Moderno e das formas de intervenção estatal no domínio econômico, pode-se compreender, em linhas gerais, as diferentes formas de atuação estatal para viabilizar a prestação de serviços de infraestrutura, que são essenciais para o desenvolvimento e bem-estar da sociedade.

Considerando o atual contexto, em que o Estado passa a desempenhar o papel de regulador, a institucionalização das agências reguladoras como instrumentos de interesse coletivo, voltados para o desenvolvimento socioeconômico de setores estratégicos, vincula-se ao reconhecimento de sua autonomia como condição de eficácia do seu exercício funcional e, por outro lado, à submissão aos controles jurídicos, políticos e sociais que caracterizam o regime democrático participativo.

O poder discricionário das agências, longe de ser incompatível com o Estado de Direito, é imprescindível na medida em que a Administração deve dispor de um espaço de atuação que possibilite escolhas e decisões razoáveis. Quanto à existência da competência normativa da administração, expressa via regulamentos, admite-se que essa competência está submetida ao princípio da legalidade administrativa e que deve possuir fundamento constitucional.¹⁸⁵

O respeito aos preceitos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais do cidadão é imposto às agências reguladoras e, por conseguinte, aos agentes regulados, através do controle social. A eficácia do exercício funcional das agências reguladoras relaciona-se diretamente com o fortalecimento e a ampliação dos instrumentos democráticos de participação cidadã na esfera pública.¹⁸⁶

É importante ressaltar que o controle social exercido através da participação pública deve ter espaço institucional para que cumpra seus objetivos. Trata-se de uma participação albergada pelo aparelho jurídico estatal e não meramente a manifestação espontânea dos interesses da população, e é necessário organizar e institucionalizar os espaços de veiculação de interesses. Em se tratando da prestação de serviços públicos, a participação pública não pode restringir-se apenas ao direito de reclamação, nem a simples coleta da opinião dos usuários.¹⁸⁷

¹⁸⁵ RACHED, Danielle Hanna. Op. cit., p. 15.

¹⁸⁶ LEHFELD, Lucas de Souza. Op. cit., p. 369.

¹⁸⁷ Cf. MATOS, Alessandra de Souza. **Possibilidades de controle social relativo aos serviços públicos essenciais e a urgência de um novo regime fomentador da cultura participativa**. Salvador: Jus Navigandi, 2003. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2654>. (Consultado em 07.11.2008). p. 2.

No caso dos atos normativos das agências reguladoras, a participação institucionalizada da sociedade, antes de visar a uma tomada de decisão técnica, visa a uma decisão democrática, já que se está diante de questões de relevante interesse para a comunidade e com ressonâncias de caráter social e político.¹⁸⁸

Por esta razão, deve-se aperfeiçoar os mecanismos que permitam aos usuários interferir ativamente no processo decisório em matéria de serviços de infraestrutura, assim como é necessário garantir uma representatividade técnica junto às agências reguladoras, pois a existência de mecanismos participativos fortalece o compromisso dos tomadores de decisão em relação aos destinatários finais dos serviços prestados.¹⁸⁹

Conforme constatado pelo Tribunal de Contas da União, a participação pública junto às agências reguladoras dos setores de infraestrutura se dá, ainda, majoritariamente, mediante reclamações realizadas sem qualquer conhecimento técnico.

Em face dessa característica, faz-se necessário desenvolver uma política de subsídios à participação e de capacitação dos usuários, ou de suas instâncias representativas, para promover um maior grau de participação efetiva de considerável parcela da sociedade na atividade regulatória dos respectivos setores.

Com relação às ações para subsidiar a participação pública, verifica-se que algumas agências reguladoras de infraestrutura, quais sejam, ANATEL, ANEEL, ANP e ANTT, já estabeleceram como procedimento a divulgação antecipada da chamada agenda regulatória, que informa quais serão os temas objeto de alteração regulatória no ano seguinte, permitindo assim que os usuários dos serviços, ao tomarem conhecimento dos assuntos que serão regulados ou que terão sua regulação modificada, tenham mais tempo para avaliar o assunto e preparar suas contribuições quando o assunto for submetido a audiência ou consulta pública pela agência.

Considerando que um dos problemas típicos dos setores de infraestrutura regulados pelo Estado é a assimetria de informação, outro canal para recebimento de contribuições dos cidadãos que deve ser fortalecido são ouvidorias setoriais e institucionais, que podem ser um eficaz instrumento de controle social.

Segundo recomendou o Tribunal de Contas da União, as ouvidorias das agências reguladoras devem ter autonomia e independência, estando no mesmo nível de Diretoria, porém sem vínculo de subordinação, devem ter acesso livre à demanda de

¹⁸⁸ SERRA, Sílvia Helena. *A Participação Democrática nos Órgãos Administrativos com Poderes Normativos* p. 17 In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 579.

¹⁸⁹ MATOS, Alessandra de Souza. Op. cit. p. 3.

reclamações, denúncias, questionamentos e elogios dos usuários, utilizar esses dados para avaliar a gestão interna do regulador e, assim, propor melhorias nos procedimentos de atendimento ao usuário, garantindo que esse atendimento seja útil, eficaz e tempestivo.

Outrossim, é necessário que as agências reguladoras de infraestrutura instituem requisitos mínimos de transparência de seus processos decisórios e desenvolvam políticas voltadas à ampla divulgação de suas ações, especialmente aquelas de maior apelo e impacto social, com foco e linguagem adequados. A estruturação de tais políticas tende a fomentar uma maior participação da sociedade na atividade regulatória, além de permitir um maior esclarecimento ao público da importância dos entes reguladores e do impacto que as decisões destes podem ter em suas vidas cotidianas.¹⁹⁰

Não obstante ter-se verificado que as leis de criação e os regulamentos internos de todas as agências reguladoras de infraestrutura impõem a realização de audiências públicas quando o assunto afetar direitos dos agentes e dos usuários dos serviços, estas instituições devem disponibilizar recursos humanos e financeiros adequados e suficientes, além da efetiva estruturação de uma política formal voltada para melhor divulgação de suas ações.

A legitimidade conferida pela democracia é um importante critério de avaliação e mesmo as ações regulatórias aprovadas pelos cidadãos devem ser transparentes. O sucesso de uma ação regulatória e, em última instância, de qualquer política pública, depende muito da capacidade de prestar contas e responder ao cidadão.

No caso das agências reguladoras de infraestrutura, que tratam de assuntos de elevada complexidade técnica, é necessário que se vá além dos requisitos formais no que diz respeito à participação pública dos cidadãos, mas se considere as dificuldades dos usuários, inclusive aqueles que atuam de forma organizada, em compreender as normas e procedimentos técnicos publicados por estas entidades.

O reconhecimento dessa situação é o ponto de partida para que sejam implementadas ações com o objetivo de subsidiar a participação pública no âmbito de suas áreas de atuação e conferir legitimidade formal e material aos seus atos normativos.

¹⁹⁰ ACÓRDÃO Nº 2261/2011 – TCU – Plenário.

Referências

ACÓRDÃO Nº 2261/2011 – TCU – Plenário.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social dos Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad. 1999.

AYRES BRITTO, Carlos. *Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular*. p. 4. In: **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, ano 46, n.º 189, p. 114-122, julho-setembro 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. Ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT. São Paulo, 1991.

BENJÓ, Simão Isaac. **Fundamentos de economia da regulação**. Rio de Janeiro: Thex Ed., 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 2. Ed. Brasília: Ed. UnB, 1986.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Democracia participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil**. Teresina: Jus Navigandi, 2006. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7752>. (Consultado em 12.04.2013)

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo, 2000 Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP

BUCHANAN, James M. & TULLOCK, Gordon. **The calculos of consent**. University of Michigan Press, 1965.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Ed. RT, 1973.

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

COMPARATO, Fábio Konder, **Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988**. Revista de Direito Público

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas.** 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia.** São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1999

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade.* In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 5, v. 35, p. 154, novembro-dezembro 2000.

FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. *A Questão do Monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e e Setor Postal.* **Revista Eletônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE).** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. n.º 17 fevereiro/março/abril, 2009.. Disponível na internet em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em 15/05/2013.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**, 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 1995

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e pressuposto.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** 1. Ed. São Paulo: Dialética, 2003.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das Agências Reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios jurídicos e regulação.** 04 de julho de 2011. 248 folhas. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 16 de maio de 2011. Arquivo digital.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** 10. ed. São Paulo: Centauro, 2003.

MATOS, Alessandra de Souza. **Possibilidades de controle social relativo aos serviços públicos essenciais e a urgência de um novo regime fomentador da cultura participativa.** Salvador: Jus Navigandi, 2003. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aspxid=2654>. (Consultado em 13.04.2013).

MODESTO, Paulo. *Direito e Poder Político. Estado e Direito - O Problema da Legitimidade.* In: **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, ano 84, vol. 711, janeiro 1995.

_____. **Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização.** Teresina: Jus Navigandi, 2002. [on line] Disponível na Internet via

WWW. URL: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aspx?id=2586>. (Consultado em 14.04.2013).

MORAES, Alexandre de. *As agências reguladoras*. In: **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, ano 90, vol. 791, julho 2000.

_____. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2003.

PASTOR, Alfredo. *El Estado: un nuevo socio*. In: **Revista de Antiguos Alumnos**. Espanha: IESE. 1999. p. 14

QUEIRÓZ, Alberto Novais de & MONTEIRO, Augusto de Oliveira. Marco *Regulatório e Assimetria de Informações*. In: **Revista Gestão e Planejamento**, ano 5, nº 9. Salvador: 2004. p. 10.

ROTH, André-Noël. *O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?* In: **Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, **Desestatização Privatizações, Concessões, Tercerizações e Regulação**. 4. Ed. São Paulo: Lumen Juris. 2001

STARK, Carlos. *Regulación, Agencias Reguladoras e innovación de la gestión pública en América Latina*. CLAD, Venezuela: 2001