

5

A legitimação democrática das agências reguladoras brasileiras

A teoria neorrepública de Philip Pettit, centrada nas restrições constitucionais e democráticas de não-manipulabilidade do poder e contestabilidade da tomada pública de decisão, oferece critérios objetivos e um modelo bem definido para a avaliação da legitimidade democrática da estrutura regulatória criada no Brasil, a partir das reformas administrativas dos anos 1990.

Nesse contexto, cabe agora investigar se a organização política-administrativa do Estado republicano brasileiro apresenta as condições e restrições necessárias para legitimação democrática das agências reguladoras independentes.

5.1.

Condições de não-manipulabilidade do poder regulatório: restrições constitucionais e legais

O Estado republicano não-dominante, segundo a concepção de Philip Pettit, tem que operar de acordo com restrições constitucionais e legais que contribuam para prevenir a manipulação dos instrumentos políticos por interesses dissociados dos interesses públicos.

Para isso, três condições genéricas devem ser observadas para que um sistema político e jurídico seja não-manipulável: que o sistema esteja constituído sobre o império da lei; que disperse os poderes legais entre diferentes partes; que faça a lei relativamente resistente à vontade da maioria.

No caso do poder regulatório atribuído às agências brasileiras de condicionar e disciplinar a atividade econômica privada por meio de comandos exógenos (intervenção por direção e indução), é preciso verificar se esse poder está sujeito às três condições de não-manipulabilidade.

Quanto à primeira condição, atuação estatal sob o império da lei, a sua observância encontra-se, em primeiro lugar, no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, ao prescrever que a atuação do Estado na ordem econômica se dará como agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Além do mais, para os setores de telecomunicações, petróleo e gás natural, a Constituição Federal exigiu expressamente a criação de um órgão regulador - artigos 21, inciso XI e 177, §2º, inciso III.

Sem embargo, e considerando que não há vedação constitucional expressa para o legislador infraconstitucional criar órgãos reguladores, por meio da descentralização administrativa²⁹⁹ prevista no Decreto-Lei n. 200/67, o poder executivo pode criar entidades autárquicas, dotando-a de personalidade jurídica de direito público (artigo 41 do Código Civil), patrimônio e receita próprios, e outorgando-lhe a titularidade e a execução de atividades típicas do Estado (art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei n. 200/67). A criação se dará por meio de lei específica, de iniciativa do Presidente da República, conforme determina o artigo 37, inciso XIX e artigo 61 § 1º, inciso II, alínea 'e', da Carta Constitucional.

Como pessoa jurídica de direito público, a autarquia traz ínsita, para a consecução dos seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe foi outorgado. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. O que há é mera vinculação à administração direta, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.³⁰⁰

Por meio desse procedimento foram criadas todas as agências reguladoras federais. Como visto no capítulo 3, as agências reguladoras são criadas e instituídas como entidades autárquicas sob regime especial, dotadas de autonomia

²⁹⁹ A descentralização administrativa é o método de distribuição do planejamento, da decisão e da execução administrativas entre entes, órgãos, ou agentes, sejam coordenados, sejam subordinados entre si. Cf. MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*, p. 117. Na descentralização, portanto, o Estado atua indiretamente, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isso mesmo se constituam, em parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo estatal. Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*, p. 96. Importante observar que a base teórica e política da descentralização administrativa pode ser encontrada na obra *Leviatã*, de Thomas Hobbes. Cf. OLIVEIRA, F. M. R. *A descentralização política e administrativa na teoria de Hobbes*. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, p. 29-60, 2005.

³⁰⁰ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 348.

frente à administração direta do Estado, incumbidas do exercício das funções de normatização e regulação da atividade econômica.³⁰¹ É de se notar que a atribuição de um regime especial significa a outorga de um conjunto de privilégios específicos que a lei confere à entidade para a consecução de seus fins. Esses privilégios caracterizam-se pela autonomia político-administrativa e pela autonomia econômica-financeira.

No Brasil, não é novidade outorgar-se regime jurídico especial à entidades autárquicas. Cite-se o caso do Banco Central do Brasil (Lei n. 4.595/64), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei n. 4.118/62), a Universidade de São Paulo (Decreto-Lei n. 13.855/44 e Decretos n. 52.326/69 e 52.906/72), bem como as entidades de fiscalização de profissões regulamentadas (OAB, CONFEA e congêneres), dentre outras que ostentam características especiais na sua organização, direção, operacionalidade e gestão de seus bens e serviços. Também não é novidade no país a atribuição de poder normativo a entidades ou órgãos do poder executivo. No governo Juscelino Kubitschek, por ocasião da política de industrialização, utilizou-se os Grupos de Trabalho para normatizar a política fora do Parlamento.³⁰²

No caso das agências reguladoras, entendeu-se indispensável a outorga de amplos poderes e privilégios, tendo em vista a natureza da função e a complexidade técnica dos serviços regulados e fiscalizados. Como bem destacado por Luis Cabral de Moncada³⁰³ e Marcello Caetano³⁰⁴, a presença da complexidade técnica pressupõe, necessariamente, uma maior independência da entidade reguladora para que esta não fique sujeita a ingerências de natureza política.

Nestes termos, a outorga de privilégios e poderes regulatórios às agências atende ao primeiro aspecto da condição de não-manipulabilidade da ação estatal. Ou seja, a prerrogativa estatal de regulação se dá por meio de leis formais, universais e genéricas; essas leis são promulgadas e publicadas para fins de eficácia erga omnes; são consistentes e não estão sujeitas a mudança constante.

³⁰¹ vide artigo 1º da Lei n. 9.427/96 (Aneel); artigo 8º da Lei n. 9.472/97 (Anatel) e artigo 7º da Lei n. 9.478/1997 (ANP).

³⁰² NUNES, E. *Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr. 2003.

³⁰³ *Direito Econômico*, p. 82-83.

³⁰⁴ *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 174.

Quanto ao segundo aspecto da garantia do império da lei, qual seja, ação estatal fundamentada em lei, importa observar que a teoria republicana de Pettit não afasta a possibilidade de atuação do Estado, com base em outras normas que não aquela oriunda do Parlamento (lei em sentido formal). Como visto no capítulo 4, o republicanismo defende a atuação do governo, preferencialmente, por meio de lei. Ou seja, o parlamento tem que tratar de legislar para que não ocorra uma interferência arbitrária.

No entanto, o republicanismo não nega a conveniência do exercício do poder discricionário aos agentes públicos, na medida em que tal negativa impediria a capacidade do governo de promover os objetivos republicanos. No Estado republicano, a melhor lei pode encontrar-se obrigada, segundo contingências de tempo e lugar, a permitir certa margem de discricionariedade aos agentes públicos. A forma de controlar a arbitrariedade no exercício desse poder discricionário seria fazer vincular medidas adicionais, como, por exemplo, as medidas de contestabilidade da tomada de decisão ou obrigar os agentes públicos a satisfazerem certos requisitos adicionais como, por exemplo, uma formalidade procedimental prévia para a ação estatal.³⁰⁵

Nesse caso, a discricionariedade técnica³⁰⁶ que é conferida às agências reguladoras para as escolhas regulatórias que afetam interesses dos agentes regulados, não apenas decorre da natureza da função técnica que exercem, como estão amparadas por exigências legais de processualidade. Conforme será analisado no próximo item do capítulo, a legitimidade da ação estatal, especialmente aquelas fundadas em prerrogativas discricionárias, faz parte das condições de constestabilidade democrática do poder. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa amparada por lei e que cumpre o segundo aspecto da garantia do império da lei.

³⁰⁵ *Republicanism. A theory of freedom and government*, p. 175-176.

³⁰⁶ A respeito da discricionariedade ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que ela pode ser entendida, em sentido amplo, como a possibilidade jurídica, criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivados; e em sentido restritivo, para expressar apenas a possibilidade jurídica outorgada pelo legislador ao administrador para integrar a definição do interesse público específico previsto numa norma legal. Prossegue o mesmo publicista, resumindo essas ideias no seguinte conceito: “discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de ato de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”. Cf. *Legitimidade e Discricionariedade*, 32/33.

Sem embargo da fundamentação neorrepublicana, recorda Sérgio Guerra que a nova categoria das escolhas regulatórias (discricionariedade técnica) é um conceito que o modelo positivista clássico do direito não conhecia, tendo em vista a sua patente singularidade. Na regulação de atividades econômicas, a estrutura estatal deve equilibrar os subsistemas regulados, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes. Ademais, a regulação setorial descentralizada tem mais condições de enfrentar os desafios da “reflexividade da vida social” (Giddens), que consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando, dessa forma, seu caráter constitutivamente. Por fim, ressalta o autor, que o modelo de atuação estatal que conduz às escolhas regulatórias visa conter os excessos perpetrados pelos agentes que detêm o poder econômico privado, de acordo com valores e princípios garantidos pela força normativa da Constituição Federal.³⁰⁷

Atento a tais circunstâncias, observa Gustavo Binbenbojm que o paradigma clássico do direito administrativo da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo poder legislativo, encontra-se em xeque na atualidade. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescreve ou faculta.³⁰⁸

Com efeito, ultrapassada a crise da lei formal e relativizada a noção de vinculação positiva da administração pública à lei,³⁰⁹ torna-se imprescindível que

³⁰⁷ *Discricionariedade e Reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, p. 80-81.

³⁰⁸ BINENBOJM, G. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. p. 23/24. Nestes termos, o autor propõe então uma teoria da vinculação direta dos atos administrativos discricionários aos princípios fundamentais. Passa-se então a uma escala crescente de densidade normativa vinculativa: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por princípios. Assim, o resultado do estreitamento do mérito do ato administrativo poderá ser: a) redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro de juridicidade; b) redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme à juridicidade. *Ibid.*, p. 205-238.

³⁰⁹ “O princípio da legalidade administrativa é um dos mais importantes pilares de sustentação do direito administrativo. Tradicionalmente, nos países que se inspiraram no modelo francês, o conteúdo deste princípio foi associado à idéia da vinculação positiva à lei: à Administração somente é lícito fazer aquilo que a lei expressamente autoriza. Entretanto, com a superação do Estado liberal e a crise da lei formal, desapareceram as condições que justificavam a tese da

a faculdade da administração pública de limitar a liberdade e a propriedade dos particulares não contrarie o princípio da juridicidade, garantia mínima e fundamental dos indivíduos no moderno Estado democrático de direito.

Sublinha-se, sobre esse aspecto do problema, a opinião de Paulo Otero:

A configuração da Administração Pública como destinatária de incumbências constitucionais em matéria de defesa da juridicidade e de concretização do bem-estar, envolvendo uma vinculação directa ao imperativo constitucional de eficiência, permite encontrar na própria Constituição um critério teleológico de actuação administrativa: os órgãos administrativos, encontrando-se subordinados à Constituição e vinculados à melhor prossecução do interesse público, devem otimizar as suas decisões à concretização prioritária e prevalecente dos interesses definidos pelo texto constitucional como tarefas fundamentais do Estado, servindo a Constituição de referencial normativo imediato de actuação administrativa e critério aferidor da respectiva validade.³¹⁰

Portanto, não há razão para supor, como o faz Maria Silvia Zanella Di Pietro, que a ampliação da discricionariedade técnica significa uma volta ao período imperial e uma relativização do princípio da legalidade e perda parcial da segurança jurídica para o cidadão.³¹¹

A segunda condição de não-manipulabilidade do poder (dispersão do poder entre diferentes partes, segundo a taxinomia clássica de Montesquieu), encontra sua justificativa no fato de que a concentração do poder nas mãos de uma pessoa ou grupo permitiria o exercício do poder arbitrário.

No Brasil, a separação de poderes é princípio geral de organização político-administrativa do Estado e consta expressamente no artigo 2º da Constituição Federal. No entanto, adverte José Afonso da Silva, que o princípio não configura

vinculação positiva à lei. A deslegalização, por meio da qual se abre ao poder regulamentar o trato de matérias antes atribuídas ao poder legislativo, é uma das provas da insuficiência daquela tese para a realidade contemporânea. Desenvolveu-se, assim, a teoria da vinculação da Administração Pública ao Direito, especialmente aos princípios e regras do ordenamento constitucional.” Cf. BAPTISTA, P. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³¹⁰ OTERO, P. *Legalidade e Administração Pública*. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade, p. 740. Ressalva o mesmo autor: “Se é certo que a juridicidade vinculativa da Administração Pública não se esgota na lei, a verdade é que uma zona importante do Direito Administrativo encontra apenas na lei positiva o seu único padrão de conformidade e, deste modo, o seu exclusivo fundamento de validade reside na vontade do órgão autor da norma, sem prejuízo deste último sector ter sempre de conviver com uma legalidade não incorporada nos quadros do Direito positivo e que, vivendo ‘adormecida’ ou oculta numa outra dimensão da juridicidade, poder ser chamada a intervir em circunstâncias excepcionais de necessidade e urgência.” *Ibid.*, p. 27/28.

³¹¹ *500 anos de Direito Administrativo Brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr. 2003.

mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão sobre a teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que, atualmente, se prefere falar em independência orgânica e harmonia dos poderes.³¹²⁻³¹³

Nessa mesma linha, a teoria neorrepublicana de Pettit sustenta que não é possível uma separação exata dos poderes, sob pena de comprometer a capacidade do Estado para promover seus objetivos republicanos.³¹⁴

Assim sendo, a outorga pelo Estado moderno de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos que não sejam o poder legislativo e o judiciário não encontra nenhuma vedação constitucional. Ao revés, a Constituição Federal de 1988 admite a participação dos demais poderes, em caráter secundário, no processo de elaboração das leis, assim como a possibilidade de exercício da função normativa autônoma por parte do Poder Executivo por meio de regulamentos e de medidas provisórias.

Para Carlos Ari Sundfeld, a competência normativa das agências reguladoras não significou uma usurpação da função legislativa, mas sim um aprofundamento da atuação normativa do Estado, tendo em vista as especificidades e complexidades dos novos padrões sociais.³¹⁵

No entanto, deve ficar claro que a possibilidade da atribuição de poder normativo às agências reguladoras não significa a outorga de uma prerrogativa de regulamentação autônoma. A legitimidade da detenção do poder normativo pelas agências depende de lei que fixe os standarts e finalidades da atuação.³¹⁶ Assim

³¹² Curso de Direito Constitucional, p. 109.

³¹³ Assim é que os poderes Legislativos e Judiciários exercem também funções administrativas, por exemplo, as decorrentes do poder hierárquico e disciplinar. Do mesmo modo, o Executivo participa da função legislativa, quando dá início a projetos de lei, quando veta projetos aprovados pela Assembléia, quando adota medidas provisórias com força de lei. O Legislativo também exerce funções judiciárias, como nos casos em que o Senado processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou quando processa e julga Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade.

³¹⁴ *Republicanism. Una teoria sobre la libertad y el gobierno*, p. 235-236.

³¹⁵ *Introdução às agências reguladoras*. In SUNDFELD, C. A. (Coord.). Direito administrativo econômico, p. 27.

³¹⁶ *Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin no 1.668/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, Diário da Justiça, de 23 de outubro de 1997, o Supremo Tribunal Federal considerou, em caráter liminar, constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações em favor da Anatel, que tratam da competência da Anatel de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime

sendo, a constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido standards suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa, o que implicaria na contrariedade ao primeiro aspecto da condição do império da lei da teoria neorrepublicana.

A terceira condição para que um sistema político seja não-manipulável (condição contramajoritária da lei) funda-se na garantia de estabilidade e segurança jurídica das relações sociais. As leis do país, especialmente aquelas mais importantes, devem ter garantias de que não serão facilmente alteradas segundo as conveniências e os interesses da maioria. O argumento republicano a favor dessa condição é o de que as maiorias se formam com facilidade e os agentes majoritários poderão exercer um poder mais ou menos arbitrário, a não ser que se restrinja sua vontade. Nessas condições, o neorrepublicanismo tende a apoiar as medidas contramajoritárias com que se associou o republicanismo clássico: a divisão bicameral do parlamento; o reconhecimento de restrições constitucionais postas às leis e a introdução de uma carta de direitos.³¹⁷

No caso das agências, a lei que outorga os poderes regulatórios possui a natureza de lei ordinária. De acordo com a Constituição Federal de 1988, a discussão e votação do projeto de lei de iniciativa do Presidente da República tem início na Câmara dos Deputados e será revisto pelo Senado, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se aprovado, ou arquivado, se rejeitado (artigos 64 e 65).

Embora a ciência política tenha identificado problemas na relação entre o poder executivo e o poder legislativo, derivado da fragmentação das forças políticas representadas no Congresso, e a necessidade do poder executivo garantir a governabilidade com base em grandes coalizões instáveis (presidencialismo de coalizão),³¹⁸ não se evidencia um risco de pressões majoritárias no Congresso Nacional para alterações das leis que tratam das agências e dos poderes regulatórios.

Nesse ponto, cabe destacar a iniciativa do governo federal em encaminhar o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre normas gerais de gestão,

público, bem como sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, desde que estas prerrogativas subordinem-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes.

³¹⁷ *Republicanism. A theory of freedom and government*, p. 181.

³¹⁸ *Legislativo, Executivo e Delegação*. Valor Econômico, 15.12.2008.

organização e mecanismos de controle social das agências reguladoras. Recentemente, o referido projeto teve o seu regime de urgência de tramitação recuperado ao ser incluído como um dos objetivos do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC).³¹⁹ De acordo com dados recentes da Câmara dos Deputados, de abril de 2004 a agosto de 2008 foram apresentadas 165 emendas ao citado projeto. Atualmente, o projeto está pronto para votação. O substitutivo do relator Leonardo Picciani (PMDB-RJ) parece ter avançado para um acordo entre as forças políticas do Congresso. A principal divergência - o contrato de gestão que, de certa forma, limitava a independência das agências - foi superada pela criação de instrumentos a serem aprovados pelas próprias agências (planos estratégicos de trabalho e de gestão e desempenho) e fiscalizados pelo Congresso.³²⁰

Constata-se, portanto, que sob o ponto de vista da não-manipulação do poder arbitrário, as agências reguladoras brasileiras atendem a todas as condições impostas pela teoria neorrepública.

5.2.

Contestabilidade da ação regulatória: deliberação, inclusividade e responsividade

Na teoria neorrepública de Philip Pettit, a promoção da liberdade como não-dominância exige que se estabeleça um mecanismo para garantir que a tomada de decisão pública, seja no poder legislativo, poder executivo ou poder judiciário, atenda aos interesses e às interpretações dos cidadãos por ela afetados, de tal modo que possa haver identificação entre os interesses da decisão e dos cidadãos.³²¹

Em outras palavras, se o Estado pratica um ato de restrição ou interferência na liberdade do cidadão, este deve ser capaz de contestar e criticar esta interferência sempre que ela não corresponda aos seus interesses e interpretações.

³¹⁹ O PAC é o maior dos programas governamentais e foi instituído para estimular os setores produtivos e, ao mesmo tempo, levar benefícios sociais para todas as regiões do país. O Programa tem como um de seus pilares a desoneração de tributos para incentivar mais investimentos no Brasil, e conta com um Comitê Gestor, coordenado pela Casa Civil, que tem o papel de estabelecer metas e acompanhar a implementação das ações.

³²⁰ A íntegra do projeto pode ser obtida em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/210114.pdf>

³²¹ *Republicanism. A theory of freedom and government*, p. 184.

O caráter não-arbitrário das ações estatais decorre dessa condição, e não apenas do fato de resultarem de algum processo formal de consentimento.³²²

Dessa forma, o que Pettit propõe com o requisito da contestabilidade é a adoção de certo perfil democrático de dissenso a ser observado pelo Estado republicano na tomada pública de decisão, especialmente aquelas fundadas em prerrogativas discricionárias, que afete interesse dos particulares.

Para que o requisito da contestabilidade seja plenamente satisfeito, pelo menos três condições, simultâneas e complementares, devem ser observadas por ocasião da ação estatal: a) que se conduza de tal modo que haja uma base potencial para a contestação (república deliberativa); b) que exista um canal ou uma voz a partir do qual possa ser motivada a contestação (república inclusiva); e c) que exista um espaço adequado para fazer audível a contestação (república responsiva).³²³

A ação estatal baseada na deliberação justifica-se na medida em que permite uma participação mais ampla dos cidadãos com a garantia de que os seus interesses e interpretações pessoais serão atendidas. Para tanto, o Estado deve estabelecer procedimentos para identificar as considerações relevantes para a decisão, possibilitando assim que os cidadãos manifestem opiniões sobre o apropriado destas considerações. Além disso, essas decisões devem ser realizadas com transparência, com votação, com imparcialidade e com motivação, de modo que não privilegie um interesse em detrimento de outros.

Além disso, o perfil democrático do Estado republicano tem que garantir um meio através do qual possa qualquer cidadão defender os seus interesses e interpretações contra qualquer tipo de ofensa ou injustiça que uma tomada pública de decisão possa acarretar. Assim, a democracia não deve ser apenas deliberativa, mas também deve ser inclusiva. A inclusividade significa, portanto, o dever do Estado de fazer-se incluyente na tomada pública de decisão, todos os interesses ambivalentes da sociedade. E mais, a inclusividade, ao dispor de uma voz audível, não se reduz a estar apenas representada. Os cidadãos têm que ser capazes de reclamar e apelar de uma injustiça e de pedir reparação.

³²² *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, p. 241-242.

³²³ *Republicanism. A theory of freedom and government*, p. 186-187.

Por fim, para que a democracia de dissenso seja plenamente realizada, é preciso que o Estado assegure um espaço para que as contestações e reclamações dos cidadãos possam ser manifestadas. Para que isso ocorra, é preciso que a decisão pública seja tomada de acordo com procedimentos adequados e que seja motivada por um interesse que o contestante compartilhe. Ou seja, a responsividade significará que ação estatal praticada pelo Estado, contrária a determinados interesses e interpretações pessoais, seja reconhecida como válida e legítima pelos contrariados. Com isso, a parte contestante não perde a confiança de seguir desfrutando a sua liberdade como não-dominação pelo fato da decisão não ter atendido os seus interesses.

No caso da intervenção regulatória do Estado na ordem econômica e social, para que as agências legitimem-se é preciso que sejam criadas de acordo com uma determinada estrutura organizacional que garanta o direito de participação e de deliberação, e que estabeleçam mecanismos que garantam a inclusividade e a responsividade. Com efeito, na medida em que a regulação é um processo de ponderação de interesses, em busca de um ponto de equilíbrio entre as pretensões do consumidor, do agente econômico e do poder público, sem a participação ampla e irrestrita não há como se chegar a um resultado que reflita as aspirações da sociedade.³²⁴

Quanto aos direitos políticos de participação, afirma Böckenförde que estes derivam da liberdade como autodeterminação dos indivíduos e incluem o direito e a liberdade de cooperar no estabelecimento da ordem comum a que está submetido e se apresentam como o suporte da liberdade autônoma coletiva do povo em seu conjunto para formação da vontade política.³²⁵

No mesmo sentido, Reinhold Zippelius, para quem a noção democrática de Estado exige a autodeterminação das pessoas no campo político:

Sendo o povo detentor primário do poder estatal e que o poder de todos os órgãos do Estado emana dele, “toda forma de exercício do poder estatal necessita – direta ou indiretamente – de legitimação democrática. (...) Portanto, a característica do processo democrático reside no fato de que o poder exercido sobre o povo é sustentado pelo consentimento deste – na prática, pelo consentimento da maioria.

³²⁴ SOUTO, Marcos J. V. *Direito Administrativo em Debate*, p. 225 et seq.

³²⁵ *Ibid.*, p. 78-79.

Esse consentimento não pode ser manipulado, devendo ser obtido a partir da livre formação de opinião.³²⁶

A democracia participativa, semidireta ou substancial, tem por objetivo reforçar o controle social sobre a atuação estatal e torná-la associada ao papel de efetivação dos direitos fundamentais, objetivos do Estado de Direito em sua aceção material.³²⁷

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A realização da democracia material se suporta na participação política, aberta aos cidadãos ou a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas em todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado para que tenham acesso à informação, para que sejam admitidos a manifestar sua opinião e influir na formulação de políticas públicas, para que possam, em alguns casos, co-participar das decisões e, por último, mas não menos importante, para que estejam legitimados para deflagrar os instrumentos de controle da legalidade, de legitimidade e de licitude para tanto dispostos na ordem jurídica vigente.³²⁸

Para Roberto Amaral, a questão central da democracia participativa, direito de quarta geração, é tanto suprir a intermediação – inerente à democracia indireta – quanto, e paralela e sequencialmente, substituir a representação. Ela compreende a emergência, no cenário da política, com poder decisório, das instituições populares e sociais das mais diversas índoles, cuja organização enseja e estimula.³²⁹

No mesmo sentido, é a opinião de Boaventura de Souza Santos, para quem a representação não garante, pelo método da tomada de decisão por maioria, que identidades minoritárias irão ter a expressão adequada no parlamento. E mais, ao diluir a prestação de contas em um processo de re-apresentação do representante

³²⁶ *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 131-132.

³²⁷ Segundo Böckenförd, o giro para um conceito material de Estado de Direito ocorre com a renúncia ao positivismo jurídico e se caracteriza pelo fato de que o poder do Estado se entende como vinculado a determinados princípios e valores superiores do Direito, assim como o centro de gravidade da atividade estatal não se entende mais como orientado primariamente a assegurar as garantias formais da liberdade, mas sim a estabelecer um situação jurídica justa no sentido material. Cf. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, p. 40.

³²⁸ *Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social*. In *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, p. 109-110.

³²⁹ *A Democracia Representativa está morta: viva a democracia participativa!* In GRAU, E. e GUERRA FILHO, W. S. (orgs). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 48-49.

no interior de um bloco de questões, também dificulta a desagregação do processo de prestação de contas.³³⁰

Pondera Otfried Höffe, que na democracia participativa o povo não se constitui simplesmente como eleitorado temporário, eventualmente acompanhado de constantes pesquisas de opinião política, mas como ator da política, mesmo não podendo sempre decidir de forma direta, pois a democracia direta não é nem a única forma nem a forma legitimamente superior.³³¹

Nesse contexto, o modelo atual de democracia participativa deve seguir com a ideia básica derivada do conceito de autonomia: a suposição de que a dignidade do homem e o seu desenvolvimento como ser responsável em uma sociedade livre depende da oportunidade de participar de forma ativa nas decisões que o afetam. Decisões que não se limitam ao âmbito da independência privada, do equilíbrio entre interesses em conflito, mas também que afetam as condições econômicas e sociais que possibilitam a mesma participação em igualdade e simetria de oportunidades. Em suma, capacidade não apenas de eleger, mas de influir sobre os resultados, alternativas, etc.³³²

Na opinião de Domingo García-Marzá, uma proposta atual de democracia participativa deve reconstruir o sentido do sistema representativo e seu papel dentro do sistema democrático, reduzindo sua importância não apenas com a descentralização, mas, sobretudo, com a complementação entre Estado e sociedade civil:

Una teoría de la democracia que parta en la actualidad de la exigencia de participación y que no quiera caer en estos reduccionismos debe dirigir su atención hacia los procedimientos en los que los sujetos y la sociedad se configuran mutuamente. Debe explicar la relación existente entre razón práctica y voluntad que subyace al concepto de autonomía política. Desde mi punto de vista, este es el camino emprendido por las denominadas teorías deliberativas de la democracia para las que la participación continua siendo el elemento esencial al contrarse en el 'intercambio público de razones' como principio de legitimación del orden democrático. Por deliberación puede entender 'un proceso dialógico de intercambio de razones con el objetivo de solucionar situaciones problemáticas que no encontrarían solución sin la coordinación y la cooperación entre personas'.³³³

³³⁰ *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, p. 49-50.

³³¹ *A democracia no mundo de hoje*, p. 131.

³³² FREITAS, D. B. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*, p. 101-102.

³³³ *Política deliberativa y sociedad civil: el valor de la participación*. In CONILL, J.; CROCKER, D. A. *Republicanism and Educación Cívica*, p. 118.

Importante ressaltar que García-Marzá amplia a noção habermasiana de sociedade civil para incluir a economia nos mecanismos de coordenação da ação comunicativa. Para o autor, a sociedade civil não é equivalente ao mercado, mas tampouco é possível entendê-la sem a lógica da eficácia e da oferta/demanda; sem a lógica própria da produção e distribuição de bens e serviços. Nesse sentido, a sociedade civil deve incluir também as instituições econômicas, sempre que integrem a perspectiva da ação comunicativa, isto é, sempre que reconheça sua própria lógica como parte do entendimento o acordo sobre as regras do jogo que implica toda praxis institucionalizada e legalmente diferenciada.

Em resumo, sistemas juspolíticos de alto consenso e participação maximizam a legitimidade e podem funcionar com baixo nível de coerção. Nesse sentido, caminha-se para o que Rogério Gesta Leal denomina de Administração Pública Comunicativa que “contar/construir o maior número possível de adesão social legítima, adquirida através de ações comunicativas permanentes (tensionais e conflituosas em face de tratar de interesses eventualmente distintos) com todos os agentes envolvidos e alcançados pelo exercício do poder político – institucionais ou não”.³³⁴

Todavia, há situações fáticas e jurídicas que podem restringir ou mesmo inviabilizar o campo das esferas públicas de participação, tais como: a motivação do indivíduo (conotação subjetiva);³³⁵⁻³³⁶ a ausência de previsão no direito positivo de instrumentos de participação (conotação objetiva); obstáculos à eficiência administrativa, já que a adoção de procedimentos administrativos pode

³³⁴ Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas, p. 74-76.

³³⁵ “Ora, para o aperfeiçoamento democrático, o estrato apolítico é o que mais importa, pois, por motivos diferentes, nele estão os avessos à participação. A atitude de inércia, ante a problemática do poder, seja ela a teórica seja a prática, característica desse estrato, provém de três motivos básicos: a falta de sensibilidade para com o político – os apáticos, que não sentem interesse; a falta de desejo de atuar politicamente – os abúlicos, cujo interesse não os motiva suficientemente para a ação; e a falta de condições de atuar – os acráticos, aos quais falta capacidade de agir na prossecução de interesses políticos.” Cf. MOREIRA NETO, D. F. *Direito da Participação Política*, p 23.

³³⁶ Como um antídoto à apatia, ignorância e egoísmo, Bruce Ackerman propõe a democracia coercitiva. Em suas palavras: “Para essa perspectiva, se a maioria das pessoas não leva a política nacional a sério, simplesmente devemos forçá-las a prestar atenção. Todos os dias, cada cidadão comum deveria ser compelido a passar uma ou duas horas discutindo acontecimentos correntes. Com o passar do tempo, isso os encorajaria a realizar julgamentos políticos razoáveis. E se as discussões revelassem que as massas visam à proteção de interesses pessoais mesquinhos, talvez pudéssemos confiar em cidadãos especialmente habilitados envolvidos na vida pública, para mostrar aos seus compatriotas uma visão genuinamente nacional e de caráter público sobre os problemas da nação.” Cf. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional, p. 328.

tornar mais lentos e caros os processos decisórios da Administração Pública (conotação material); o sequestro da Administração Pública por interesses setoriais, em detrimento das demais categorias de interesses existentes na sociedade, inclusive do próprio interesse público (Overintrusion e underprotection);³³⁷ e o efeito conservador da participação política (conotação temporal), uma vez que os cidadãos do presente podem dificultar os projetos de transformação para o futuro, na medida em que os de hoje não serão beneficiados pelas obras e projetos concebidos para produzir efeitos no longo prazo, opondo resistência em arcar com os encargos decorrentes.³³⁸

No caso do Brasil, e da América Latina em geral, a experiência envolvendo os institutos formais de participação política não foram garantidos e realizados de modo efetivo, especialmente em função do regime ditatorial e hiperpresidencialista que marcou a história política da nação e do continente.

Por outro lado, circunstâncias sócio-econômicas como a pobreza extrema, as enfermidades, a falta de habitação e alimentação, o analfabetismo, a inexistência de informação e de educação, podem restringir ou mesmo inviabilizar o efetivo exercício do direito de participação política.³³⁹⁻³⁴⁰

Não é por outra razão que Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a participação política como método para perseguir o máximo de legitimidade, especialmente no exercício da função administrativa, será utilizada sempre que seja possível e aconselhável: possível, porque nem sempre será materialmente realizável; aconselhável, porque em certos assuntos continuará sendo absolutamente inafastável que o Estado decida na sua qualidade de garantidor dos

³³⁷ Segundo Patricia Baptista o perigo de intromissão excessiva dos interesses sociais mais organizados não é de todo insuperável: “Para afastar o risco da monopolização da vontade administrativa por interesses corporativos é indispensável, antes de tudo, que a Administração não seja considerada apenas mais um dentre os participantes do processo. Ao contrário, mostra-se necessário que esteja em condições de ‘captar interesses públicos e de eventualmente impô-los’”. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 165.

³³⁸ *Ibid.*, p. 167.

³³⁹ LEAL, R. G. *Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Público, p. 51.

³⁴⁰ Cabe destacar que no relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) brasileiro ficou 0,807 em 2006, sendo superado, na América do Sul, pelo Chile, Argentina, Uruguai e Venezuela. (IDH do Brasil sobe, mas país estaciona em 70°. O Globo, 19.12.2008). No Índice de Valores Humanos (IVH), que mede a percepção dos cidadãos sobre as questões referentes a saúde, educação e trabalho, o Brasil alcançou 0,59, em uma escala de 0 a 1. (Segundo brasileiros, o atendimento à saúde é demorado. Folha de S. Paulo, 11.08.2010).

superiores valores de convivência social, ou seja, para as soluções que demandem a sua autoridade.

Na mesma senda, aponta Patrícia Baptista a necessidade de conjugação das exigências de participação e de eficiência administrativa:

Nem o processo decisório deverá ser estendido a ponto de diferir em excesso o momento da decisão, sacrificando desnecessariamente a eficiência administrativa, nem o reclamo de eficiência pode impedir a inserção de instrumentos participativos nos processos decisórios da Administração Pública. As situações em que se dará a prevalência de um princípio sobre o outro somente poderão ser determinadas concretamente, diante das especificidades de cada caso, admitindo-se o sacrifício da participação em prol da eficiência apenas quando demonstrado, através de critérios técnicos de ponderação de princípios, que aquela seja francamente desnecessária ou inadequada para o objetivo que se pretenda alcançar.³⁴¹

Em que pesem os relevantes argumentos de Diogo de Figueiredo e Patrícia Baptista, o direito de participação popular no exercício da função administrativa encontra-se garantido no ordenamento jurídico brasileiro e o Estado não pode dele se afastar. Por outro lado, não se pode olvidar que o pluralismo político, o desenvolvimento tecnológico, a universalização dos meios de comunicação social e a tomada de consciência da sociedade de risco³⁴² criam as condições necessárias à participação da sociedade na vida política do Estado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 efetivou no Brasil o que Peter Häberle denomina de “constituição como cultura”, ou seja, a constituição entendida não apenas como um texto jurídico, “mas também a expressão de um nível de desenvolvimento cultural, instrumento de representação cultural autônoma de um povo, reflexo de sua herança cultural e fundamento de novas esperanças”. Com isso criaram-se as condições necessárias à perenidade dos espaços públicos e a concretização dos instrumentos de participação política tão esperados pela sociedade brasileira.³⁴³

³⁴¹ *Transformações do Direito Administrativo*, p. 159.

³⁴² Consulte-se, por todos, BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony Giddens; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997; BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006; *La sociedad del riesgo mundial: em busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2008; GIDDENS, Anthony. *Risk and Responsibility*. The Modern Law Review, v. 62, n. 1, jan., 1999; *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991;

³⁴³ *Constitución como cultura* (artículos seleccionados para Colômbia), p. 71-72.

No mesmo sentido, observa Boaventura de Sousa Santos que a Constituição brasileira de 1988 foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos na sociedade, na institucionalidade emergente, abrindo espaço para a prática da democracia participativa.³⁴⁴

Na Constituição de 1988, a fonte primária da participação está expressa no artigo 1º que edifica a democracia como princípio constitucional e forma de Estado. O parágrafo único do mesmo artigo vincula o poder do Estado de tal modo que sua organização e seu exercício devem sempre derivar da vontade do povo. Assim sendo, a configuração concreta da democracia está referida a uma estrutura representativa que poderá, nos casos admitidos expressamente pela Constituição, incorporar elementos plebiscitários como fator de equilíbrio.

Por integrarem as agências reguladoras a estrutura do poder executivo, cabe analisar em que medida e por meio de que instrumentos o direito de participação pode ser institucionalizado no exercício da função administrativa.

De um modo geral, a participação na função administrativa tem apresentado uma rápida expansão e formas diversificadas em vários países e tem por objetivo aproximar o cidadão das decisões executivas, procurando torná-las cada vez mais legítimas. Pode ocorrer em qualquer um dos campos da atividade administrativa do Estado: se externa, no exercício do poder de polícia, na prestação de serviços públicos, no ordenamento econômico, no ordenamento social e no fomento público, ou se interna, na gestão de pessoal, bens e serviços.³⁴⁵

No entanto, importa destacar que não há na dogmática jurídica um consenso acerca de um modelo classificatório dos institutos ou formas de participação administrativa. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ao utilizarem o critério subjetivo, apontam três tipos ou formas de atuação cidadã sobre as funções administrativas: a) atuação orgânica, ordenada sobre o modelo corporativo, no qual o cidadão incorpora-se aos órgãos da administração; b) uma atuação funcional, na qual o cidadão exerce funções administrativas sem perder seu caráter privado e sem se incorporar a um órgão administrativo; e c) uma

³⁴⁴ *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, p. 65.

³⁴⁵ MOREIRA NETO, D. F. *Direito de Participação Política*, p. 76 e 87. Consulte-se, ainda, GROTTI, D. A. M. *A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública*. In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, p. 647-662.

atuação cooperativa, na qual o administrado, sem cumprir funções materialmente públicas, persegue por sua atividade privada o interesse geral.³⁴⁶

Com base em critério semelhante, Marcos Augusto Perez cita como exemplos de instrumentos de participação na função administrativa:³⁴⁷

1) Institutos de participação vinculante ou gestão participativa como, por exemplo, os conselhos deliberativos, o referendo e o plebiscito administrativo, a eleição para funções de chefia e de direção.³⁴⁸

Os Conselhos deliberativos se caracterizam por serem órgãos colegiados, criados por lei, que contam, necessariamente, com a participação de representantes da Administração e representantes da sociedade, com a missão de tomar decisões em assuntos cuja competência lhes tenha sido estendida.

Plebiscito administrativo pode ser definido como o procedimento de consulta popular aberto a todos os cidadãos, prévio a tomada de uma decisão administrativa, que vincula a Administração ao cumprimento de seu resultado. E referendo administrativo pode ser caracterizado como o procedimento de consulta popular, posterior à tomada de uma decisão pela Administração Pública, cujo resultado condiciona a efetividade dessa decisão.³⁴⁹

2) Institutos de participação não vinculante ou de técnica consultiva como, por exemplo, as audiências públicas, as consultas públicas e o orçamento participativo.

A audiência pública é o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa.³⁵⁰

A consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos (de interesse geral), objetivando que, no prazo

³⁴⁶ ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T. *Curso de derecho administrativo*, p. 83-94.

³⁴⁷ PEREZ, M. A. *A Administração Pública Democrática*, p. 142.

³⁴⁸ Esse é o instituto mais polêmico no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal em julgamento cautelar de constitucionalidade de diversas normas estaduais que disciplinavam a eleição para provimento de cargos de diretor de escola pública, entendeu, por maioria, que o instituto da eleição contraria as prerrogativas inerentes ao exercício do Poder Executivo (ADI 490-AM, 123-SC e 640-MG).

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 154-155.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 168.

determinado pela Administração, todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e esclareçam dúvidas a respeito.³⁵¹

Orçamento participativo é um instituto de participação popular na Administração Pública não vinculante, de consulta, ou meramente opinativo, que tem por objetivo preparar o projeto de lei orçamentária enviado pelo Executivo ao Legislativo. Compreende a realização de seguidas audiências públicas, geralmente regionalizadas, por vezes acompanhadas da eleição de representantes para diferentes conselhos deliberativos.³⁵²

3) Instituto de participação autônoma e vinculante como, por exemplo, as organizações não governamentais, as entidades de utilidade pública, os serviços sociais autônomos, as organizações sociais e as corporações de fiscalização do exercício profissional.³⁵³

Organizações não governamentais são pessoas jurídicas privadas, sem caráter lucrativo, criadas por particulares e que podem vir a realizar atividades de interesse público, coincidentes, portanto, com atividades inerentes à função administrativa do Estado.

Entidades de utilidade pública são pessoas jurídicas privadas, corporativas ou fundacionais, sem finalidade lucrativa, que realizam atividades de interesse público e que possuem uma titulação, ou qualificação jurídica, reconhecida pela Administração, que lhes dá benefícios tributários e vantagens administrativas diversas.

Serviços sociais autônomos são as pessoas jurídicas privadas que colaboram com a Administração Pública, desempenhando, sem finalidade lucrativa, atividades de interesse público, tais como assistência social, formação profissional, serviços de saúde, ensino regular, entre outras.

Organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao

³⁵¹ Ibid., p. 177.

³⁵² Ibid., p. 179.

³⁵³ Os institutos de participação popular de caráter vinculante e autônomo também são conhecidos como “setor social autogerido” (JJ. Gomes Canotilho), “formas cooperativas de participação” (García de Enterría) e institutos de “delegação atípica” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto). Segundo este último publicista, a delegação é atípica porque a Administração não necessita, efetivamente, transferi-la ao particular, mas somente reconhecer a atuação do particular como colaborador da Administração. Cf. MOREIRA NETO, D. F. *Direito da Participação Política*, p. 136-138.

desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, entre outras.

As corporações de fiscalização do exercício profissional são pessoas destinadas a exercer, por delegação legal, os serviços de interesse público de fiscalização das profissões regulamentadas.³⁵⁴

A Constituição Federal de 1988 não adotou todos os institutos de participação acima referidos. Todavia, estabeleceu algumas modalidades em funções específicas executadas pela Administração Pública, tais como:

- a) participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos – artigo 10;
- b) planejamento municipal - artigo 29, inciso X;
- c) acesso aos cargos públicos - artigo 37, inciso I;
- d) participação dos usuários na prestação do serviço público - artigo 37 § 3º;
- e) planejamento da política agrícola - artigo 187;
- f) organização do serviço público de saúde - artigo 198, inciso III;
- g) organização do sistema estatal de previdência social - artigo 194, inciso VII;
- h) organização do serviço público de assistência social - artigo 204, inciso II;
- i) serviço público de ensino - artigos 205 e 206, inciso VI;
- j) promoção e proteção do patrimônio cultural - artigo 216 § 1º;
- k) defesa do meio ambiente - artigo 225;
- l) proteção da criança e do adolescente - artigo 227 § 1º.

No plano infraconstitucional, além das diversas normas federais existentes que contemplam mecanismo de participação na função administrativa, digno de nota foi a promulgação da Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei n. 12.527/2011), que garante aos cidadãos brasileiros o acesso a documentos públicos de órgãos federais, estaduais, distritais e municipais dos três Poderes. De acordo com esta Lei, as instituições públicas passam a ter o dever de disponibilizar na internet informações básicas como, por exemplo, competência, estrutura organizacional e execução orçamentária. Com isso, arquivos públicos, planos de governo, auditorias, prestações de conta e informação produzida por

³⁵⁴ PEREZ, M. A. *A Administração Pública Democrática*, p. 187-190.

entidade privada em decorrência de vínculo com o poder público poderão ser facilmente acessados por todo e qualquer cidadão. Na Administração Federal, o Portal da Transparência disponibiliza grande parte desses dados e informações públicas para acesso via internet (www.portaldatransparencia.gov.br).

Recentemente, o Governo Federal criou a Câmara de Políticas de Gestão, Desempenho e Competitividade - CGDC, com o objetivo de formular políticas e medidas específicas destinadas à racionalização do uso dos recursos públicos, ao controle e aperfeiçoamento da gestão pública, bem como de coordenar e articular sua implementação, com vistas à melhoria dos padrões de eficiência, eficácia, efetividade, transparência e qualidade da gestão pública e dos serviços prestados ao cidadão.

Na Administração municipal cabe mencionar a Lei n. 11.418, de 11 de dezembro de 1997, do município de São Carlos, que dispendo sobre a participação popular nas decisões do poder municipal, disciplina as audiências públicas, plebiscitos administrativos, conselho de gestão de equipamentos, foro da cidade e postos de informações e coleta de sugestões.

Diante das precedentes referências constitucionais, forçoso concluir que a participação popular na Administração Pública revela-se um verdadeiro princípio de organização implícito do direito constitucional brasileiro, conectado ao princípio democrático, ao princípio do Estado de Direito e ao direito fundamental à boa administração pública.³⁵⁵

Não é por outra razão que Juarez Freitas defende uma releitura da força normativa da Constituição Federal, a fim de lhe atribuir o caráter preferencial da democracia participativa. Quanto mais intersubjetiva ou participativa for a

³⁵⁵ Nas palavras de Juarez Freitas, o direito fundamental à boa Administração Pública pode ser compreendido como o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever da Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais. Cf. *Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. p. 20. Sobre o mesmo tema, consulte-se, VALLE, Vanice Regina Lírio. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. No direito comparado, consulte-se: TOMÁS MALLÉN, B. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas - INAP, 2004; MORENO, Pedro T. Nevado-Batalla. *Ciudadanos y Administración. El derecho al buen gobierno. Reflexiones desde una perspectiva administrativa. Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago., 2007 e FARRERES, Germán Fernández. *Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 7, n. 81, nov., 2007.

interação, mais legítima será a construção dos objetivos sociais comuns. Assim, a participação direta, apesar de todos os riscos e desafios, afigura-se, na opinião do autor, ser este o melhor meio de tirar partido da comunicação em benefício da democracia constitucional. Sem a ampliação da interatividade, a democracia se converte em singelo e frustrante evento publicitário periódico. Nessa ordem de consideração, avulta como requisito de legitimação do poder democrático, a cobrança resoluta dos deveres fundamentais de visibilidade.³⁵⁶

Com isso, descortina-se uma profunda transformação do próprio conceito de Administração Pública, que perde as suas características imperativas que possuíam tradicionalmente, como expressão de um poder do Estado, para entendê-la como nada mais que uma função, sempre constitucional e legalmente vinculada, entre as que devem ser desempenhadas pelo Estado, mas que deve ser o mais amplamente possível compartilhada com a sociedade.³⁵⁷

Tendo como norte esses objetivos democráticos e republicanos da Constituição Federal, as leis instituidoras das agências reguladoras no Brasil não se descuidaram de garantir a participação e a transparência na organização e na prática dos atos regulatórios.

No que tange ao aspecto organizacional, as leis instituidoras de tais entidades, no âmbito federal, bem como o disposto na Lei n. 9.986/2000, atentaram para a importância de um órgão colegiado para a sua direção, dificultando com isso a captura da agência pelos regulados. Esse colegiado será composto por diretores ou conselheiros, com mandato fixo, cuja nomeação pelo Presidente da República dependerá de aprovação pelo Senado, sendo que a prática dos atos de sua competência devem ser tomados por deliberação majoritária. A figura do ouvidor, instituída em algumas agências reguladoras, foi criada com o objetivo de facilitar a comunicação com a sociedade, atuando como um fiscalizador dotado de mandato. E a previsão da “quarentena” que atenua e reduz o risco de captura da agência.

Quanto ao conteúdo da ação e da política regulatória, a legislação estabelece vários procedimentos rotineiros de consultas e audiências públicas que permitem a

³⁵⁶ FREITAS, J.; TEIXEIRA, A. V. (org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*, p. 15, 18 e 27.

³⁵⁷ MOREIRA NETO, D. F. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*, p. 134.

participação direta de potenciais interessados na formulação de normas administrativas. Apesar dos participantes não terem direito a voto (ou seja, as audiências não funcionam como assembléias ou colegiados) é fator determinante da legitimação democrática do atual modelo de regulação, a participação ativa dos regulados e dos consumidores/usuários ao lado do regulador.

Por outro lado, o procedimento de consultas e audiências públicas também são relevantes sob o aspecto da transparência que deve permear a ação regulatória.³⁵⁸

Nas consultas divulga-se o tema e a minuta da futura resolução, facultando-se a participação dos interessados (normalmente, pela Internet). Esses apresentam sugestões, perguntas e impugnações. A participação se dá de forma objetiva: os interessados não aparecem, apenas formalizam a sua participação levando em consideração as informações previamente disponibilizadas pelas agências. Nas audiências divulga-se o tema e a minuta da futura resolução, marcando-se dia e hora, em local de acesso público, para que a discussão se instale. Na audiência, os interessados se inscrevem e participam pessoalmente, expondo suas sugestões. De usual, dá-se a necessária limitação de inscritos e do tempo disponível para o debate, que depois deve ser reduzido a termo e analisado fundamentadamente.

Com a exceção de algumas agências federais e a previsão contemplada no Projeto de Lei n. 3.337/2004, a realização da consulta ou da audiência não é obrigatória, ficando ao alvedrio da agência verificar a importância da norma a ser editada. Trata-se, portanto, de uma competência discricionária.

Sob o ponto de vista das condições de legitimação republicana, o ideal seria que todas as agências fossem obrigadas a realizar consultas ou audiências, com formalidades procedimentais simplificadas para casos de menor repercussão geral. Isso porque, a base da contestabilidade democrática pressupõe uma república deliberativa, inclusiva e responsiva, como foi possível observar nos capítulos anteriores.

Importante ressaltar que, mesmo não havendo previsão legal que exija a realização desses procedimentos para a tomada pública de decisão, por se enquadrar na competência discricionária da entidade, nesse caso específico, a

³⁵⁸ SOUTO, M. J. V. *Audiência Pública e Regulação*. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out., 2003.

decisão discricionária fica reduzida a zero, na medida em que a ação regulatória está vinculada aos princípios e aos valores republicanos e democráticos.³⁵⁹

Adverte-se que, se a consulta ou a audiência pública forem instaladas, é dever administrativo da agência analisar e responder fundamentadamente cada uma das sugestões, críticas e interpretações, pouco importando se se revelem muito complexas ou impertinentes e até mesmo irrelevantes. Desse modo, atende-se a condição de inclusividade da ação política destacada pela teoria neorrepública.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro contempla instrumentos democráticos de deliberação, inclusividade e responsividade no exercício da função regulatória desempenhada pelas agências.

5.3.

Os requisitos neorrepúblicos de legitimação democrática da Aneel

Considerando a limitação imposta pela tese em relação à investigação dos requisitos neorrepúblicos de todas as agências reguladoras federais, foi escolhida para análise concreta a estrutura regulatória da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel,³⁶⁰ uma vez que foi a primeira agência reguladora criada no Brasil, bem como a importância dos serviços de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica para a coesão e interdependência social.

O Brasil possui setor elétrico altamente dependente de energia hidroelétrica, responsável por quase 80% da capacidade de geração. O país ocupa a primeira posição no mundo em capacidade de armazenamento de água e possui uma das maiores redes de transmissão, devido às longas distâncias entre usinas geradoras e consumidores, bem como à necessidade de circuitos de reserva para assegurar rotas de suprimento alternativas e otimizar o equilíbrio regional do suprimento. Empresas privadas e estatais operam nas etapas de geração, transmissão e distribuição. As Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás, controlada pelo governo federal, e suas subsidiárias, Chesf, Furnas, Eletrosul, Eletronorte, Companhia de

³⁵⁹ Cf. BINENBOJM, G. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. p. 23-24 e 205-238.

³⁶⁰ Criada pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Geração Térmica de Energia Elétrica - CGTEE e Eletronuclear, são responsáveis por metade da capacidade de geração. Além de principal acionista destas empresas, a Eletrobrás, em nome do governo brasileiro, detém metade do capital da Itaipu Binacional. Por outro lado, mais de dois terços dos distribuidores são de propriedade ou de controle privado. A rede de transmissão é operada por um colegiado de agentes: produtores, empresas de transmissão e distribuição e o governo, representado pelo Ministério de Minas e Energia. Espera-se que a demanda por energia elétrica continue a crescer em ritmo acelerado.³⁶¹

5.3.1.

O processo de reestruturação do setor elétrico nos anos 1990

O Brasil foi um dos primeiros países a experimentar os efeitos da “segunda” revolução industrial decorrentes das grandes descobertas científicas e invenções no campo da eletricidade.

Em 1883, entrou em operação a primeira usina hidroelétrica do país e a primeira linha de transmissão, com dois quilômetros de extensão, na cidade de Diamantina. No mesmo ano, Dom Pedro II inaugurou, na cidade de Campos, o primeiro serviço público municipal de iluminação elétrica do Brasil e da América do Sul. Em 1899, a Light construiu a Usina Hidroelétrica Parnaíba, no rio Tietê. Em 1908, a Light inaugurou a Usina de Fontes, no município de Piraí, com 24 MW, potência muitas vezes superior às necessidades do Rio de Janeiro de então. A usina Ilha dos Pombos, no rio Paraíba do Sul, ainda em funcionamento, entrou em operação em 1924. Cerca de um século após a Independência, o Brasil já dominava plenamente a tecnologia de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.³⁶²

Como nos demais países, a disponibilidade de energia elétrica foi fator essencial para o processo de industrialização. Nos anos 1960 e 1970, foram desenvolvidos os inventários das principais bacias hidrográficas para identificar os melhores locais para construção de usinas hidrelétricas. Nos anos 1980, para

³⁶¹ OCDE Estudos Econômicos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 151.

³⁶² KELMAN, R.; KELMAN, J. *Os desafios do setor de energia elétrica*. In GIAMBIAGI, F.; PORTO, C. (orgs.). 2022: propostas para um Brasil melhor no ano do bicentenário, p. 136.

tentar controlar a inflação, o governo passou a fixar tarifas de energia elétrica inferiores aos correspondentes custos de produção. Como resultado, colheu a descapitalização das empresas do setor elétrico e um complexo conjunto de dívidas cruzadas entre elas.

O setor elétrico sofreu importantes mudanças institucionais por ocasião das reformas administrativas da década de 1990, positivadas, principalmente, na Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos; na Lei n. 9.074/95, que permitiu aos produtores independentes de energia e aos investidores privados a oportunidade de participar na área de geração e distribuição, através de processos de licitação, e na Lei n. 9.427/97, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

O objetivo da reestruturação foi dividir a indústria elétrica em geradores competitivos, serviços de transmissão de alta tensão, distribuidores de energia e consumidores livres e comercializadores. O novo modelo previu a eletricidade como uma commodity a ser vendida no mercado livre. Nesse contexto, foi criado por meio da Lei n. 9.648/98, o Mercado Atacadista de Energia - MAE e o Operador Nacional do Sistema - ONS, que proporcionaram uma nova dinâmica para o setor, com uma inédita estrutura de mercado e maior nível de comercialização. Estas estruturas inovadoras também estabeleceram as regras que governam a concorrência e criaram condições para otimizar a operação do sistema.

A privatização de ativos públicos e a necessidade de investimentos privados para a expansão do sistema foram elementos centrais no processo de reestruturação. A privatização se deu primeiramente no setor de distribuição. A propriedade privada do setor, medida em carga, saltou de 2% em 1994, para 70%, nos dias atuais. Grande parte do setor de distribuição que continua sob propriedade do Estado está em grandes empresas verticalmente integradas (em parte, pelo menos) como a Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEE, a Companhia Paranaense de Energia - Copel, a Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. - Celesc e a Companhia Energética de Minas Gerais -

Cemig. Atualmente, no entanto, no setor de geração, apenas 30% da capacidade é privada.³⁶³

Um dos problemas iniciais da privatização do setor elétrico no Brasil, diferentemente de muitos países, foi a sua efetivação antes de qualquer forma de regulação ou estrutura de mercado. Essa deficiência criou problemas para o regulador futuro do setor, no caso a Aneel, aumentando de maneira substancial os riscos envolvidos e a responsabilidade de tomar decisões regulatórias.

Costuma-se indicar como o grande complicador do setor as etapas do processo de construção, licenciamento e operação das usinas e linhas de transmissão. A construção de novas usinas e linhas de transmissão depende dos estudos desenvolvidos pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE sob supervisão do Ministério de Minas e Energia, da aprovação do estudo de viabilidade pela Aneel, do licenciamento ambiental do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, da aprovação do uso múltiplo dos recursos hídricos pela Agência Nacional de Águas - ANA, do financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e da aprovação do edital de licitação pelo Tribunal de Contas da União - TCU.³⁶⁴

O despacho das usinas³⁶⁵ é feito centralizadamente pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, com base em um modelo global de otimização dos recursos ou com base em deliberações ad hoc do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE,³⁶⁶ focadas na segurança de suprimento. Esse despacho influencia o preço da energia no mercado de curto prazo, administrado pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, que por sua vez resulta em alterações tarifárias, calculadas pela Aneel, que impactam nos consumidores finais.³⁶⁷

Todo esse processo depende, em grande medida, da atuação eficiente da Aneel na qualidade da regulação imposta ao agentes regulados e na mediação da relação de longo prazo entre prestadores de serviços e consumidores. Essa é uma

³⁶³ BROWN, A.; DE PAULA, E. *O fortalecimento da estrutura institucional e regulatória do setor energético brasileiro*, p. 138.

³⁶⁴ KELMAN, R.; KELMAN, J. *Os desafios do setor de energia elétrica*. In GIAMBIAGI, F.; PORTO, C. (orgs.). 2022: propostas para um Brasil melhor no ano do bicentenário, p. 138.

³⁶⁵ Chama-se “despacho das usinas” a decisão sobre a quantidade de energia que cada usina deve gerar para atender a demanda a cada momento.

³⁶⁶ O CMSE é um colegiado formado pelos representantes das instituições oficiais subordinadas ou vinculadas ao Ministério de Minas e Energia.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 136.

condição necessária para garantir a atração do capital para a ampliação e manutenção da infraestrutura do setor.

5.3.2.

A criação da agência reguladora

Antes da reestruturação do setor elétrico nos anos 1990, a disciplina dos potenciais de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica estavam a cargo do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - Dnaee.³⁶⁸

A Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel foi criada pela Lei n. 9.427/1996, regulamentada pelo Decreto n. 2.235/1997, e seu Regimento Interno aprovado pela Portaria n. 349/1997 do Ministério de Minas e Energia.

Segundo a lei de criação da agência, compete a ela regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Dentro da sua competência de regulação está inserida, entre outras, as funções de mediar conflitos, garantir tarifas justas, zelar pela qualidade do serviço, incentivar investimentos, estimular a competição entre os operadores, buscar a universalização do serviço, fixar multas administrativas a serem impostas aos prestadores do serviço, definir tarifas e implementar as políticas e diretrizes do governo federal.

Cabe destacar que o poder concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso dos potenciais de energia elétrica foi recentemente atribuído ao Ministério de Minas e Energia, nos termos da Lei n. 10.848/2004. A partir da publicação desta Lei cabe à agência, somente mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo poder concedente, promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e de permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de

³⁶⁸ Lei n. 4.904, de 17/12/1965 e Decreto n. 63.951, de 31/12/1968. O Dnaee originou-se da Divisão de Águas, criada pelo Decreto n. 6.402, de 28/10/1940, do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, criado na Reforma Juarez Távora, em agosto de 1934, então vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Com a criação do Ministério das Minas e Energia, em 1961, o DNPM foi vinculado a este ministério. Sua Divisão de Águas foi transformada no Departamento Nacional de Águas e Energia - Dnae e teve sua denominação alterada para Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica -Dnaee.

energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

A agência é dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores em regime colegiado, dos quais um deles tem a incumbência de atuar como Ouvidor - modelo que confere menos autonomia à atividade do que a figura do ouvidor externo à diretoria com mandato fixo.

A diretoria é nomeada pelo Presidente da República, com prévia aprovação pelo Senado Federal, para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, sendo vedada a participação de seus membros em empresas ou grupos atuantes no setor. O grau de insulamento da agência é elevado. A exoneração imotivada dos dirigentes só poderá ocorrer nos quatro meses iniciais do mandato, após o que fica assegurado o exercício pleno das funções. A quarentena estipulada após a saída do cargo é de 12 meses após o afastamento do diretor de seu cargo.

As receitas são obtidas junto ao Orçamento Geral da União e, sobretudo, pela taxa de fiscalização. A estrutura da Aneel é a mais complexa de todas as agências federais, comportando, além da diretoria colegiada, vinte superintendências. O corpo funcional é composto por servidores públicos selecionados por concurso público.

A Aneel é a única na área de infraestrutura que dispõe de Contrato de Gestão e a única na qual as atividades de descentralização são previstas e detalhadas na legislação e no regimento interno, o que lhe permite atuar nos Estados mediante convênio.

5.3.3.

A crise da energia de 2001

Em abril de 2001, o Brasil enfrentou sua maior crise de energia, causada pelo esvaziamento de seus reservatórios, resultado de cinco anos de pouca chuva e atraso na construção de usinas. A falta de investimento no sistema de geração e de transmissão também contribuiu de maneira significativa para a queda no fornecimento.

Para lidar com a crise, a Presidência da República criou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE³⁶⁹, com o objetivo de gerenciar a crise no fornecimento de energia, nas áreas do Sudeste e do Nordeste do país. O GCE, na prática, ficou responsável pela fiscalização do setor elétrico e acabou ocupando, durante a crise, o papel do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, órgão de assessoramento do Presidente da República com a função de formular políticas e diretrizes de energia³⁷⁰, e da Aneel e outras instituições com responsabilidades fiscalizadoras. Uma das decisões mais significativas tomada pelo GCE foi ordenar o racionamento de energia elétrica com o objetivo de estabelecer uma redução de 20% no consumo de energia. Depois que os reservatórios voltaram a apresentar níveis suficientes de água, o programa de racionamento foi suspenso.

Quando a crise chegou ao fim, o GCE transferiu suas atividades para o Ministério de Minas e Energia, com a publicação do Acordo Geral do Setor de Energia³⁷¹, ressarcindo os geradores e distribuidores de energia por prejuízos que tiveram durante o período de racionamento. O GCE, ao final, apresentou trinta e três medidas identificando os problemas e as imperfeições na estrutura e na implementação do modelo original da reforma, a fim de retomar a captação de investimentos e aumentar o fornecimento de energia. Onze destas medidas foram consideradas medidas prioritárias e seriam executadas ainda no ano de 2002: a) implementação de uma metodologia de preço; b) comercialização de energia fornecida por empresas estatais; c) Requisitos para contratos bilaterais; d) Valor normativo –VN; e) Incentivos para geração a gás natural; f) Consumidores livres e cativos; h) Desverticalização; i) Limites para a participação cruzada e contratação própria; j) Interrupção nas tarifas de distribuição; k) Alinhamento tarifário e l) Critério para revisão tarifária.

A crise de energia representou um colapso regulatório e expôs a fragilidade do regime no que se refere à energia elétrica, gás e recursos hídricos. A autonomia e estabilidade da agência ficou seriamente abalada. No auge da crise, parlamentares e o próprio Presidente da República discutiram a demissão do

³⁶⁹ Medida Provisória n. 2.198/2001.

³⁷⁰ Lei n. 9.478/1997.

³⁷¹ Lei n. 10.438/2002.

diretor da Aneel - o que só poderia ser feito por falta grave ou descumprimento do contrato de gestão assinado.³⁷²

Como resultado da crise de energia, foram efetivadas no governo Lula duas medidas importantes com a promulgação das Leis n. 10.847 e 10.848, em 15.03.04: a primeira lei criou a Empresa de Pesquisa Energética - EPE, com o objetivo de restabelecer os instrumentos de planejamento de médio e longo prazo no setor. A segunda lei introduziu diversas mudanças no marco regulatório que incluíram, dentre outras, as seguintes: a) novas regras de comercialização de energia que demandaram a substituição do Mercado Atacadista de Energia - MAE pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Enquanto o MAE amparava apenas a troca de excedentes físicos entre geradoras e distribuidoras, a CCEE passou a administrar todas as transações do mercado, inclusive os dois tipos de leilões referidos abaixo no item “c” seguinte; b) fortalecimento institucional do Operador Nacional do Sistema - ONS, conferindo-lhe maior autonomia perante às empresas elétricas, e criando mecanismos para articular suas funções com as da EPE; c) instauração de dois tipos de leilões, um para contratar a energia produzida pelas usinas existentes, e outro para novos empreendimentos. Estes leilões visam resolver o velho dilema da política tarifária neste setor, que deve, simultaneamente, refletir os baixos custos de produção das usinas já amortizadas, e oferecer remuneração adequada aos novos investimentos.³⁷³

5.3.4.

As condições neorrepublicanas na ação regulatória da Aneel

A agência não possui no seu desenho institucional nenhum órgão de representação dos agentes regulados ou dos consumidores, seja em caráter deliberativo ou consultivo. Dessa forma, a participação na gestão é menor que nas outras agências federais.

³⁷² MELO, M. A. *As Agências Reguladoras: gênese, desenho institucional e governança*. In ABRUCIO, F. L. e LOUREIRO, M. R. *O Estado numa era de reformas: os anos FHC - Parte 2*. Brasília: MP, SEGES, 2002.

³⁷³ ARAUJO JUNIOR, J. T. *Regulação e concorrência em setores de infraestrutura*. Trabalho apresentado no XVII Fórum Nacional organizado pelo INAE – Instituto Nacional de Altos Estudos, Rio de Janeiro, 9 a 12 de maio de 2005.

No entanto, as audiências públicas têm caráter obrigatório, devendo ser convocadas pela agência sempre que suas decisões afetarem direitos de agentes econômicos do setor e consumidores, e devem preceder a tomada de decisões, sendo os resultados publicados no Diário Oficial da União.

Por sua vez, há mecanismos de transparência no processo decisório que buscam corrigir os riscos de captura. A Aneel é um dos poucos órgãos de regulação que abrem suas decisões colegiadas ao público, transmitindo-as, via internet, em tempo real.

Embora a atividade de ouvidoria³⁷⁴ seja exercida no âmbito da diretoria colegiada e não fora dela, a institucionalização desse mecanismo é capaz de atender ao cidadão no que diz respeito ao fornecimento dos serviços regulados, assegurando a sua participação, ainda que de forma reativa, no processo das políticas públicas setoriais e na aferição da qualidade da prestação do serviço público regulado.³⁷⁵

O contrato de gestão da agência tem como objetivo aperfeiçoar a ação administrativa, promovendo maior transparência e controle social. O poder judiciário e o Tribunal de Contas, também, realizam o controle externo de legalidade e legitimidade da ação regulatória.

No que tange à gestão dos recursos humanos, que qualificam tecnicamente a ação regulatória da agência, é possível perceber o empenho do Poder Executivo para criar melhores condições de trabalho e remuneração para os servidores da Aneel e das demais agências, com a criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão de Regulação - PRO-REG, lançado pelo Decreto n. 6.062/2007.³⁷⁶ Com isso, foi possível reverter o grave quadro de evasão desses servidores, que acabavam procurando outros concursos, com maior

³⁷⁴ Entende-se por ouvidoria um instrumento que visa à concretização dos preceitos constitucionais que regem a administração pública, a fim de que tais preceitos se tornem, na prática, eixos norteadores da prestação de serviços públicos. Cf. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Estado, instituições e democracia*. v. 2. Brasília: IPEA, 2010, p. 196.

³⁷⁵ O primeiro registro histórico de positivação da ouvidoria pública (ombudsman) foi na Constituição sueca de 1809. Na América Latina, a implantação das ouvidorias públicas ocorreu mais recentemente. Registre-se o aparecimento do instituto em Porto Rico (1992), Guatemala (1985), México (1990), El Salvador e Colômbia (1991), Costa Rica, Paraguai e Honduras (1992), Peru e Argentina (1993), Bolívia (1994), Nicarágua (1995), Venezuela (1997) e Equador (1998). No Brasil, a Ouvidoria-Geral da República, órgão vinculado à Controladoria-Geral da União, foi criado pela Medida Provisória n. 2.143-31, de 02.04.2001. Cf. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Estado, instituições e democracia*. v. 2. Brasília: IPEA, 2010, p. 211-212.

³⁷⁶ NESTER, A. W. *Regulação e Planejamento: a criação do PRO-REG*. Fórum de Contratação e Gestão Pública, n. 97, janeiro, 2010.

remuneração, ou a iniciativa privada, provocando a falta de continuidade do corpo técnico das agências reguladoras.

Quanto ao conflito de competências com os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Secretaria de Direito Econômico - SDE e Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE), que acaba em última instância criando instabilidade e insegurança jurídica, a Aneel celebrou em 21.07.2010, termo de cooperação institucional com esses órgãos, estabelecendo critérios de atuação conjunta na prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica no setor elétrico.³⁷⁷

Em suma, a Aneel encontra-se legitimada democraticamente para a prática de atos regulatórios de intervenção na ordem econômica, tendo em vista a institucionalização das garantias de não-manipulação do poder regulatório e contestabilidade da ação regulatória, pela via da deliberação, inclusividade e responsividade.

Sem embargo, o modelo de regulação por agências independentes pode ser fortalecido para ganhos de representatividade junto à sociedade e consolidação de um instrumento para a execução de políticas de Estado.

³⁷⁷ A disciplina da defesa da concorrência no setor elétrico está prevista na Lei n. 9.427/96. O artigo 3º, parágrafo único, determinou a articulação da Aneel com a Secretaria de Direito Econômico para desempenho de suas atribuições previstas nos incisos VIII e IX, do mesmo artigo.