

PARTICIPAÇÃO POPULAR E EFICIÊNCIA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS: FUNDAMENTOS, LIMITES E CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO POSITIVO

Rafael Diogo D. Lemos*

Yanko Marcius de Alencar Xavier**

RESUMO

As agências reguladoras constituem fenômeno moderno de execução de políticas públicas no interior da burocracia estatal. Têm como interesse principal a correção de assimetrias econômicas realizadas por especialistas de modo eficiente. Por outro lado, necessitam também de legitimidade democrática, uma vez que gozam de poderes de execução, de normatização e de julgamento. O presente artigo visa a analisar, no âmbito do direito positivo brasileiro, como se dá este conflito entre legitimidade democrática e eficiência tecnocrática no seio das agências reguladoras e os meios que as normas encontram para solucionar tal conflito.

PALAVRAS-CHAVE

Agências Reguladoras. Legitimidade. Eficiência. Participação popular. Conflito

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da heteroregulação vem crescendo de importância a cada dia no Brasil, com o surgimento de agências reguladoras nos mais diversos setores – econômicos, sociais e mesmo ambientais – provocando uma mudança de paradigmas no estudo do Direito Administrativo no Brasil.

Por ser fenômeno ainda recente – a estrutura destas entidades, tal qual as conhecemos é do final da década de noventa – a questão ainda gera diversos debates, discussões e intrigados questionamentos em seu redor. Tais conflitos não são puramente acadêmicos, tendo diversas

* Mestrando em Direito Constitucional (UFRN). Bolsista do Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (IBP).

** Professor de Direito da UFRN (Graduação e Mestrado). Doutor em Direito (Universitaet OSNABRUECK). Coordenador do PRH/ANP n. 36.

aplicações práticas; prova disto é o grande número de ações de inconstitucionalidade impetradas no Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais que discutem aspectos normativos das mais diversas agências, no âmbito federal e estadual.

Alguns destes problemas foram abordados há tempos em países com maior tradição em regulação – como, por exemplo, os Estados Unidos da América, França e Espanha – e, agora, estão chegando ao Brasil, com algumas particularidades próprias do nosso ordenamento.

A principal questão abordada no presente trabalho será o da legitimidade na atuação das agências reguladoras, enfocando o tradicional princípio da participação popular. Esta, segundo a visão de muitos, é o elemento que confere legitimidade a estas autarquias no cenário jurídico brasileiro.

Isto porque as agências reguladoras são integrantes da Administração Pública, mas seus dirigentes não passam pelo sufrágio popular; ainda assim, possuem ampla competência normativa no setor regulado, além de função judicante e administrativa. Assim, uma vez que a Constituição Federal instituiu que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, a legitimidade destas agências só poderia advir da participação popular, através de procedimentos da democracia direta. Por outro lado, a criação destas agências é parcela de um fenômeno social da especialização cada vez mais vertical em determinados setores. Assim, uma Administração Pública desburocratizada, setorial e eficiente é uma demanda da sociedade e, assim, a eficiência destas autarquias é que lhes confere legitimidade.

Este trabalho busca encontrar os princípios constitucionais que regem a atuação das agências reguladoras, focando naqueles que alcançam maior relevo, quais sejam, o princípio da eficiência e o da participação, ambos insertos no art. 37 da CF/88. Visto ambos serem normas constitucionais positivadas, não se pode aplicar apenas um deles, ou deixar que um sobreponha-se completamente ao outro; a interpretação será no sentido de que ambos devem conviver harmonicamente na atividade das agências reguladoras.

Assim, buscaremos investigar, no plano normativo, os limites da participação popular nas principais agências reguladoras brasileiras, apontando os fundamentos desta participação, bem como seus limites, de modo a promover uma interpretação integradora destes dois princípios constitucionais da Administração Pública – eficiência e participação – consolidando, assim, a legitimidade da atuação destas entidades.

2. O FENÔMENO DO ESTADO REGULADOR

O “Estado Regulador” não é uma antítese ou uma negação do Estado de Direito. Ao contrário, o pressupõe, à medida que as medidas de regulação nos mais diversos campos são, antes de tudo, medidas normativas.

É evidente que o Estado sempre possuiu a regulação, entendendo este fenômeno como a direção das condutas entre indivíduos. O termo ganha, especialmente nas últimas décadas, nova conotação, traduzindo um fenômeno não apenas jurídico, mas socioeconômico de regulação heterônoma de setores específicos utilizando não apenas de meios convencionais (como a sanção negativa, por exemplo) bem como novas alternativas, como o fortalecimento da participação popular, da consensualidade e uma maior preocupação com a indução de medidas consideradas benéficas para o setor ou para a sociedade.

Todavia, este “Estado Regulador”, que advém com a derrocada fiscal de um Estado providencialista ainda é fenômeno mais ideológico do que propriamente normativo, ao menos no tocante ao Estado Brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio para suplantiar um regime ditatorial presente no Brasil desde 1964 até 1988, quando tiveram início os trabalhos constituintes, preocupando-se não apenas em implantar e solidificar a democracia no seio do Estado brasileiro mas, seguindo a tradição de outras constituições, também positivando diversos direitos fundamentais e sociais, os quais exigem, por natureza, ampla atuação estatal para sua implementação. (DIMOULIS, 2006)

Implementou-se, assim, no Brasil, o chamado “Estado do bem-estar social”, no qual o Estado assume funções de modelação da vida social, transformando-se de mero prestador de serviços públicos em empresário, desbravando setores comerciais e industriais, renovando estruturas sociais e econômicas (JUSTEN FILHO, 2002) e se fazendo presente em áreas como o lazer, moradia, dentre outros que se afastam do clássico Estado Liberal.

Por positivar diversas melhorias à qualidade de vida da população, o *welfare state* proposto pela CF/88 alcançou, inicialmente, os resultados esperados: houve uma melhora gradativa nas condições de vida da sociedade brasileira e conferiu à Carta Constitucional a legitimidade necessária para se estabilizar socialmente e legitimar um novo regime, pondo por terra o perigo da volta de um governo ditatorial.

Este êxito trouxe consigo as causas de sua inviabilização. Ao passo que eram concedidos mais e mais direitos e vantagens à população, era necessária uma maior atuação do Estado e,

consequentemente, um maior investimento deste. Sendo os recursos limitados, o montante de recursos vai se tornando insuficiente e a crise parece inevitável ao Estado. Entrando em crise e não mais podendo assegurar (ou ampliar) as melhorias na qualidade de vida da população, ou mesmo dos serviços mais essenciais, a atuação estatal passa a perder legitimidade e a manutenção de sua base começa a ficar ameaçada.(JUSTEN FILHO, 2002, p. 19) O *welfare state*, proposto pela CF/88, Estado mais utópico do que pragmático, traz consigo as causas de sua própria derrocada.

Visando a reparar a crise econômico-financeira em que se encontrava o Estado, iniciou-se o processo de desestatização, não apenas no âmbito federal, bem como no âmbito dos estados (apenas como exemplo, a Lei 2.831/97 do Estado do Rio de Janeiro, Lei Complementar n. 143 de 1996, do Estado do Rio Grande do Norte, Lei 10.707 de 1995 do Estado do Rio Grande do Sul) que propiciaria uma maior concentração de esforços estatais em áreas em que seja fundamental sua presença e que não sejam tão atrativas para o particular, a redução da dívida pública, a ampliação dos investimentos da iniciativa privada e a contribuição para o fortalecimento do mercado de capitais (SOUTO, 2000).

Ao passo que houve uma profunda reforma na estrutura do Estado brasileiro, não ocorreram significativas alterações constitucionais, de modo que temos novas estruturas, com legislação infraconstitucional adequada ao novo cenário sócio-econômico e um choque com uma Constituição ainda sob um modelo antigo, não totalmente compatível com a realidade atual.

O Estado Regulador se caracteriza por uma redução do Estado, em comparação com o *welfare state*, havendo uma concepção de subsidiariedade na atuação estatal, e, por outro lado, intervindo enfaticamente no mercado por intermédio de instrumentos verticais e horizontais. Embora o “Estado Regulador” seja conceito polissêmico, não admitindo apenas uma definição – por isso a impossibilidade de importarmos automaticamente “modelos” prontos – é fato que a Constituição Federal de 1988, tal qual se nos apresenta atualmente, após 57 (cinquenta e sete) Emendas, ainda não perdeu suas características de promoção do bem estar social, sendo híbrida, oscilando entre um Estado Regulador e um Estado do *welfare state*, possuindo, contudo, mais características deste último. Ainda que contenha elementos variados, não podemos perder de vista que tais nomenclaturas são, como afirmado anteriormente, mais frutos de ideologias do que de posições propriamente jurídicas.

Assim, devemos analisar o Estado não sob a forma de um “Estado Regulador”, “Estado do Bem Estar Social” ou mesmo um “Estado *neoliberal*”. Perfilhando ensinamentos de

Alexandre Aragão, acreditamos que “a denominação mais adequada para uma manifestação jus-política tão complexa e dinâmica é a de ‘Estado Democrático de Direito’, denotadora da possibilidade do surgimento de diversos outros submodelos que detalhem o seu conteúdo.”(ARAGÃO, 2009, p. 55) Juridicamente, devemos analisar o Estado brasileiro sob o ponto de vista das normas postas, sendo supérflua a imposição de rótulos para tal análise.

2.1 As agências reguladoras no Direito Brasileiro

O aparecimento de entidades independentes não constitui elemento completamente novo no Direito brasileiro, sendo exemplo disto a criação do Instituto do Café, em São Paulo, em meados da década de vinte. Há ainda institutos com diversas semelhanças ao que hoje denominamos “agências reguladoras” no Brasil, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM, Banco Central do Brasil (BCB). Por questões metodológicas, abordaremos neste tópico tão somente as agências reguladoras *modernas*, iniciadas com a criação da ANEEL, ANATEL e ANP, detalhando os instrumentos jurídicos de sua criação, especificidades e natureza jurídica das mesmas (JUSTEN FILHO, 2002).

Comparar antigas formas de regulação estatal com o *novo* Estado Regulador, traduzido pela intervenção por agências reguladoras independentes e autônomas, é descuidar-se de características recentes que surgiram nas novas formas de regulação sendo, a mais importante delas, formas institucionalizadas de participação popular, até então ausentes em estruturas anteriores à década de 1990 (MATTOS, 2006, p. 144).

Com a impossibilidade material de se cumprir todos os programas propostos pela Constituição, na década de 90 o Estado passou a se reestruturar, dando início a um processo de *desestatização*. Tendo saído de alguns setores, o Estado não podia, contudo, deixar de impor um certo grau de regulação setorial com a finalidade de que Estado e particulares, em conjunto, busquem um mesmo objetivo previamente imposto pela Constituição Federal. Assim, iniciou-se um processo de criação de agências, após o permissivo da Emenda Constitucional n. 8 e o advento da Lei 9.427 de 26.12.1996 que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, seguida pela Lei 9.472 de 16.7.1997, instituindo a Agência Nacional de Telecomunicações e a Lei 9.478 de 6.8.1997 criando a Agência Nacional do Petróleo.

Paulatinamente, ocorreu a criação de novas agências, como a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS), criada pela Lei 9.961/00, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída pela Lei 9.782/99, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT),

Lei 10.233/01, Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela mesma lei, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Lei 11.182/05, dentre outras de âmbito estadual.

Alguns traços são comuns às agências reguladoras, tais como a independência dos dirigentes frente ao poder político, sua setorização bem como a natureza jurídica de autarquia em regime especial. Esta independência, que caracteriza as agências reguladoras independentes brasileiras, pode ser definida como ausência de recurso administrativo inominado de decisão de órgão superior da Agência bem como existência de mandato por tempo certo e determinado para os dirigentes, sendo proibida a exoneração *ad nutum* (ARAGÃO, 2009, p. 449).

A independência, por evidente, não quer dizer que estas estão livre de controle ou de fiscalização. Visando a implantar políticas públicas propostas democraticamente pelo Poder Legislativo, as agências devem manter-se independentes frente a este e ao próprio Poder Executivo, para que possa implementá-las da forma mais eficiente possível. Assim, esta independência visa, na visão de Alexandre Santos de Aragão, a compensar alguns dos inconvenientes do princípio majoritário, corrigindo eventuais distorções para as parcelas da população que não estiverem de acordo com as posturas adotadas pela maioria.(ARAGÃO, 2009, p. 88)

Esta independência tem diversas facetas, quais sejam: a) independência dos dirigentes frente ao Poder Executivo, por intermédio de mandatos por tempo determinado, não coincidentes com os mandatos do Poder Executivo, sendo vedada a livre exoneração; b) independência econômica e administrativa, tendo as agências suas próprias receitas provenientes, geralmente, do próprio setor regulado, bem como liberdade para contratar seu pessoal, sob o regime estatutário e celetista (dependendo do cargo)¹; c) independência *processual*, sendo inadmitido o recurso hierárquico impróprio.

Esta autonomia não pode ser tomada literalmente e entendida como se estas pudessem inovar primariamente a ordem jurídica. O poder normativo destas é inegável; contudo, apenas poderão exercê-lo visando a complementar as *normas-quadro* (ou *Standards*) impostos pelo Poder Legislativo. O princípio da legalidade deve ser entendido de maneira ampla – princípio da *juridicidade*, escrevem alguns(MORAES, 2004) - de maneira que os atos da agência são compreendidos exercendo função administrativa, devendo respeitar não apenas à Constituição, mas a lei que autorizou a expedição destes atos. Ademais, a supremacia destes entes não é uma *supremacia geral*, tal qual a do Estado frente a seus administrados, mas uma *supremacia*

¹ V. Lei 10.871/04

especial, onde uma característica (ou um conjunto de características) reúne um grupo de pessoas sob uma mesma condição, demandando tratamento diferenciado de quem não detém tais características (FIGUEIREDO, 2005, p. 285).

Aqui, a o princípio da legalidade deve ser entendida sob a óptica da teoria proposta por Hans Kelsen. À medida que uma norma é executiva de sua superior, ela também é criadora, visto que irá, inevitavelmente, descer a alguns detalhes impossíveis de serem previstos pelo legislador ou constituinte. Ressalvados os dois extremos da pirâmide – Constituição e ato puramente executivo – todas as demais normas terão função executiva e de criação de direitos. (KELSEN, 2006, p. 276) O princípio da legalidade restará ferido – explicaremos mais à frente – quando houver a criação de normas primárias, face a vedação legal para tal.

A setorização a que nos referimos resume a função judicante, normativa e administrativa que possuem as agências reguladoras para dirigir o respectivo setor. Devemos ressaltar que a tais poderes não se encontram livres de amarras, recebendo controle – embora um controle diferenciado do usual – quer do Poder Legislativo, Executivo e, principalmente, do Poder Judiciário, face ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Gustavo Binjenbojm explica referido fenômeno afirmando que a clássica estrutural piramidal hierarquizada da Administração Pública está ruindo, dando lugar ao que ele denomina “Estado policêntrico”, orientado pelo princípio da eficiência. (BINENBOJM, 2006) A legitimidade de tais agências, para o autor, dar-se-ia não somente pela necessidade da eficiência na condução de alguns setores estratégicos, bem como no controle social exercido sobre tais agências e pelo procedimento (BINENBOJM, 2006).

As agências reguladoras exercem atividades de supremacia estatal, como práticas típicas de polícia, razão pela qual devem ingressar no ordenamento jurídico pátrio como sujeito de direito público, constantes da Administração indireta. Por demandarem uma certa autonomia, as agências reguladoras assumem *status* de autarquia que, conceitualmente, significam autogoverno, no sentido de pessoa jurídica administrativa com capacidade para gerir interesses próprios. Não basta, todavia, a independência comum a toda autarquia, demandando as agências um grau mais intensificado de autonomia, como impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes (com mandatos em tempo distinto dos mandatos dos chefes do Executivo), inexistência de recursos administrativos impróprios, dentre outras características. Assim, se fala que as agências reguladoras possuem, no direito brasileiro, natureza jurídica de *autarquia em regime especial*.

Embora a expressão “autarquia especial” ou “autarquia em regime especial” seja multifacetária, por comportar diversas possibilidades (a independência conferida pode ser maior ou menor, conforme a lei criadora da agência), faz-se mister ressaltar que apenas mediante a análise do instrumento legal específico de criação da agência, podemos verificar com maior precisão o grau de independência de determinada agência (MOREIRA NETO, 2003).

2.2 A legitimidade das agências reguladoras

Tema bastante tormentoso no estudo das agências reguladoras é a questão da legitimidade de sua atuação, em especial no tocante à sua atuação normativa. Isto porque os dirigentes das agências não passam por qualquer crivo democrático-eleitoral, ao contrário dos membros do Poder Legislativo e do chefe do Poder Executivo, o que impossibilitaria estas entidades independentes a emitir atos normativos.

Estas críticas são provenientes de autores que acreditam que apenas os órgãos dotados de soberania popular, tal qual apregoada à época da Revolução Francesa, ou seja, os mandatários eleitos pelo povo teriam legitimidade para emitir normas. É neste sentido que foi criada a teoria – amplamente aceita – da legitimidade das agências reguladoras através da participação popular. Impõe-se que, exatamente por regular setores da atividade social, as agências reguladoras deveriam buscar sempre a participação popular. A participação popular teria o condão, ainda, de criação de uma conexão imediata entre regulador e regulado.

Ainda, a participação popular consistiria em corolário do princípio da proporcionalidade, através de seu subprincípio da necessidade, visto que uma norma negociada traria menos custos para sua implantação (menor necessidade de se recorrer a sanções, visto que todos concordariam com sua expedição) bem como maior adesão a esta, pois elaborada em concordância de todos os autores sociais.

As agências reguladoras brasileiras, em geral, adotaram amplamente a participação popular, como é o caso da ANP (art. 18 da Lei 9.478/97), ANEEL (art. 4º Lei 9.247/96), ANATEL (art. 19, III, 39, 42 Lei 9.472/97) dentre outras.

Vale ressaltar que a participação pública no processo regulatório ocorre especialmente em sua fase preparatória, o que leva à crítica de alguns autores que afirmam que esta tem caráter “absolutamente marginal, quase inapreciável e uma reduzida funcionalidade pois normalmente restringe-se a uma atividade consultiva.”(BINENBOJM, 2006).

Outra teoria que vem a explicar a legitimidade das agências reguladoras é a revisitada Teoria dos Poderes Neutrais. De acordo com esta teoria, há a necessidade, ao lado dos poderes democraticamente eleitos, de criação de órgãos com autonomia para, “fora do círculo político eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade.” (ARAGÃO, 2009, p. 17).

Ainda consoante esta teoria, as agências reguladoras, longe de serem contrárias à democracia, a fortaleceria, na medida em que garantiria que os poderes eleitos democraticamente respeitassem fielmente os direitos fundamentais previstos na Constituição, o que poderia não ocorrer se este controle se desse por poderes eleitos pelo povo, quando este poderia vir a representar só a parcela da população que o elegeu, e olvidar a minoria. A democracia é, antes do governo da maioria, o respeito pelas minorias.

As agências seriam, portanto, os *loci* neutros e técnicos de execução de políticas públicas, garantidos por sua autonomia organizacional e financeira e independência frente aos demais poderes. Assim, tais entes independentes teriam uma relação hierárquica imprópria com os bens (positivados) que tutelam, uma vez que os concretizam e garantem, independentemente de eventual posição discordante do órgão representante do povo.

A nosso ver, a denominada “Teoria dos Poderes Neutrais” explica de modo mais detalhado e completo a legitimidade das agências reguladoras do que aquela que busca explicá-la através da participação popular. Isto porque a participação popular é dispensável em atos executivos – as agências reguladoras, embora emitam atos de natureza judicante, executivos e normativos os fazem com o fito de *executar* políticas públicas, de modo que são órgãos eminentemente *executivos* – sendo seu grau bastante variável nas mais diversas leis que instituem as agências reguladoras, o que tornaria tais agências “mais” ou “menos” “legitimadas”(LEMOS, 2009)

2.3 Princípios atinentes à atividade regulatória

Os princípios atinentes à atividade regulatória são vários e não se limitam aos três – legalidade, eficiência e participação – doravante explanados. Evidentemente, as agências reguladoras devem seguir os princípios constitucionais, mormente aqueles positivados no art. 37 que são os princípios da Administração Pública. Os três princípios escolhidos, todavia, recebem

contornos distintos na atividade regulatória, de modo que os explicaremos nas páginas seguintes, não de modo geral, mas especificamente na atividade das agências reguladoras.

2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal pelo art. 37 *caput*, expressamente para a Administração Pública, é o princípio norteador da atividade administrativa, sendo ainda um dos principais instrumentos de garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Entendido de maneira diametralmente oposta ao princípio da legalidade no tocante ao cidadão – enquanto para este, a legalidade assume a feição de legalidade negativa, ou seja, lhe é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe expressamente – cabe à Administração Pública fazer tão somente aquilo que a lei expressamente lhe autoriza ou ordena.

O princípio da legalidade marca a submissão do Estado à norma, de forma que Estado e ordenamento jurídico são dois conceitos umbilicalmente interligados que não sobrevivem um sem o outro, à medida que apenas o Estado pode garantir coativamente o ordenamento jurídico e este é que delimita a atuação e os limites do Estado (KELSEN, 2006).

O princípio da legalidade não se confunde com o princípio da reserva de lei e, em verdade, faz parte de um princípio maior, qual seja, o da juridicidade. Assim, cabe à Administração não apenas realizar tudo o que a lei – em sentido formal e material – lhe obriga, mas o que a Constituição e as normas infraconstitucionais o fazem. Ademais, é a interpretação e a concretização harmônica e lógica da juridicidade que definirão o interesse público (FRANÇA, 2000), que deverá ser buscado pelo Estado. A juridicidade constitui, desta forma, os limites da atuação do Estado assim como sua concretização traduz-se em seu dever fundamental.

O princípio da legalidade assume, pois, um novo viés, não se restringindo à lei formal, bem como à lei em sentido material. Assim, todo preceito jurídico, que contém um enunciado de *dever-ser*, integra este conceito de *juridicidade*, devendo a Administração a ele se ater, sendo certo que algumas normas jurídicas inovarão primariamente o Direito e outras o farão apenas de forma secundária. Simone Goyard-Fabre, escudada nos ensinamentos de Hans Kelsen, assim leciona (FABRE, 2007, p. 89):

Em cada patamar da pirâmide jurídica, a regra é portadora de dever-ser; é um mandamento cujo enunciado, investido, explicitamente ou não, de obrigatoriedade, deve dar lugar à execução; quando menos, toda regra possui uma força de diretividade. De fato, ela faz referência ao que é devido, isto é, a um comportamento que adquire forma de modelo de conduta em razão de sua exemplaridade. Por conseguinte, ela se impõe como um cânone de um tipo de comportamento, cuja inobservância implicará uma sanção.

Assim, a análise das normas constitucionais que abordam a legalidade – art. 5º, II, 37 e 84 IV – leva ao questionamento se os atos normativos emanados pelas agências reguladoras – que não são lei, em sentido formal – podem inovar primariamente a ordem jurídica, instituindo deveres e obrigações para os cidadãos.

Em virtude da inexistência, no Direito pátrio, de regulamento autônomo, a resposta para esta pergunta seria negativa; todavia, se a lei (em sentido material e formal) instituidora da agência reguladora, expressamente autoriza tal instituição de deveres e obrigações pela agência reguladora, esta criação é possível. Explica-nos Vladimir da Rocha França que (FRANÇA, 2000, p. 61-62):

A atividade legislativa somente pode ser exercida pelo Poder Executivo quando a Constituição lhe conceder tal atribuição ou permitir, em situações excepcionais e restritas, que lhe seja concedida tal atribuição. Obedecido o devido processo para a criação do regulamento, contudo, pode a Administração, por essa via normativa, constituir os particulares em direitos e obrigações, naquilo que não afronta o núcleo constitucional de direitos e garantias fundamentais.

2.3.2 Princípio da Eficiência

A eficiência veio a ser positivada no texto constitucional pátrio como princípio na Emenda Constitucional n. 19 de 1998, adicionando ao art. 37, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a eficiência. Esta veio a ser positivada

tanto quanto resposta às críticas de ineficiência e corrupção do Estado bem como por imposição da globalização (MOREIRA NETO, 2008).

A eficiência, na Constituição Federal de 1988, não é entendida tão somente como um alcance de finalidades; esta ganha feições de eficiência socioeconômica, denotando a importância da produção de bens e serviços da melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com custos mais módicos para a sociedade, de modo a atender eficientemente suas necessidades (MOREIRA NETO, 2008, p. 103).

O Direito assume, assim, uma visão funcionalista, em que são buscados resultados legítimos e eficientes, pouco importando para a sociedade se quem atinge estes resultados é o Estado ou se entidades privadas ou paraestatais. Com isso, ganha fôlego a idéia de *subsidiariedade*, que, no Direito Administrativo, traduz a idéia de que só cabe ao Estado atuar quando o particular não tem interesse ou não tem condições de realizar a atividade a contento; privilegia-se a atividade privada, de modo a desonerar o Estado e permitir como que este realize as atividades que lhe couberem de forma mais eficiente. Com isso, continua apontando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, começa a reduzir a velha e dócil tolerância cultural com a ineficiência do setor público (MOREIRA NETO, 2008, p. 109).

A eficiência não pode ser alçada ao cume da atividade administrativa, a ponto de sobrepujar-se aos outros princípios; Vladimir da Rocha França alerta que (FRANÇA, 2009)

A ânsia de se alcançar as metas legalmente estipuladas pode, não raras vezes, induzir ao administrador à indevida “flexibilização” das normas que regulam o procedimento administrativo previsto para o caso concreto. (...) Somente há o respeito e a observância do princípio da eficiência quando o administrador respeita o ordenamento jurídico, mesmo diante da finalidade legal efetivamente atingida. Por mais que esteja bem intencionado o administrador, este não pode afastar os preceitos do regime jurídico-administrativo sob o argumento de que os mesmos atrapalham o próprio interesse público.

As agências reguladoras constituem fenômeno claro da concretização do princípio da eficiência, quer em âmbito administrativo, quer em âmbito normativo ou mesmo judicante. A uma, porque as agências são centros especializados de concretização de políticas públicas; a duas, pois são capazes, através do permissivo legal da *deslegalização*, emitir normas mais rápidas e mais técnicas sobre um determinado caso concreto e, por fim, no tocante ao aspecto judicante, pois são capazes de resolver conflitos eminentemente técnicos de maneira mais rápida do que o Judiciário e julgando através de *experts* na matéria controversa e não apenas por juristas.

2.3.3 Princípio da participação popular

O princípio da participação popular é mais uma novidade introduzida pela Emenda Constitucional n. 19, denominada “Reforma Administrativa”, que alterou o *caput* do parágrafo terceiro do art. 37, adicionando-lhe, ainda, três incisos que compõem a moldura constitucional da participação popular no âmbito administrativo brasileiro.

A participação popular veio também com a importante função de retificar o distanciamento da organização administrativa em relação ao cidadão (OSÓRIO, 2006), trazendo aquela mais próxima deste, legitimando mais sua atuação.

Referida norma constitucional tem o condão de dispor sobre os elementos mínimos da participação popular que devem ser normatizados em legislação infraconstitucional, quais sejam, as reclamações relativas aos serviços públicos em geral, sendo assegurada a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica da qualidade dos serviços, o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre os atos de governo e a disciplina da representação contra o exercício abusivo ou negligente do cargo, emprego ou função na administração pública.

Entendemos que, embora o art. 37 §3º afirme que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública, no tocante à atuação das agências reguladoras, a participação popular não poderá ir além do que fora previsto na Constituição Federal, visto que existe um claro conflito entre os princípios da participação e da tecnicidade, doravante exposto. Vale ressaltar que, embora em caso distinto, o Supremo Tribunal Federal(ADI 244,

2002) parece adotar posição de que a os limites da participação popular na administração pública deve ser o previsto no dispositivo constitucional supracitado.

3. LIMITES À PARTICIPAÇÃO POPULAR

A inclusão da participação popular como direito dos administrados não é isenta de crítica, uma vez que a participação desmedida pode deixar a administração pública – órgão *administrativo* e não político – refém da vontade popular, bem como pode ser um entrave à eficiência, não apenas pela maior lentidão em processos decisórios que, por vezes, demandam soluções velocíssimas, ou mesmo pela influência indevida de não técnicos em alguma matéria que requeira um maior conhecimento.

No tocante à participação popular nas agências reguladoras, esta problemática ganha um relevo ainda maior, uma vez que esta participação direta dos administrados na atuação das agências é o que, segundo alguns autores, confere legitimidade à sua atuação, bem como as agências reguladoras, mais do que qualquer outro órgão da Administração Pública direta ou indireta, têm por sua característica principal a tecnicidade na matéria regulada.

3.1 Participação vs. Eficiência administrativa

Consoante afirmamos em linhas anteriores, a inclusão da participação como vetor do regime jurídico-administrativo não é isento de críticas e a principal delas é que a participação sempre colide com o princípio da eficiência, o que os tornaria incompatíveis. Inicialmente, cumpre firmarmos posição de que ambos são normas principiológicas e, como tal, permanecem no sistema, não havendo conflito *a priori*, sendo este resolvido quer pela lei, quer no caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2008). Assim, uma vez que nenhum dos dois princípios possui prevalência prévia sobre o outro, o cerne deste estudo é identificar limites legais à participação popular no ordenamento jurídico pátrio.

O Direito Administrativo brasileiro aceita diversas espécies de participação popular, desde a realização de audiências públicas em licenciamentos ambientais até consultas prévias a algumas normatizações por parte das agências reguladoras. Isto fez com que surgissem diversas

classificações, de distintos autores, sobre a participação popular. Utilizaremos, doravante, a tripartição idealizada por García de Enterría, classificando a participação popular em orgânica, funcional e cooperativa (BAPTISTA, 2001).

Na participação orgânica, os cidadãos integram órgãos administrativos, colaborando para seu funcionamento, como ocorre nos Conselhos das agências reguladoras brasileiras. A participação funcional considera a atuação do cidadão em funções administrativas a partir de sua posição privada, como ocorre nos procedimentos de consultas públicas ou audiências públicas de licenciamento ambiental, por exemplo. Por derradeiro, na participação cooperativa, os cidadãos desempenham funções materialmente públicas, sem deixar sua qualificação de sujeitos privados, como instituições de assistência social e fundações destinadas à promoção de interesses gerais. No presente trabalho, abordaremos com maior ênfase a participação orgânica, por ser a mais presente nas agências reguladoras e a que mais crítica recebe devido ao conflito com o princípio da eficiência.

O primeiro ponto controverso é que a adoção de procedimentos participativos, seja pela criação de conselhos com representantes das mais diversas classes, seja por intermédio de audiências ou consultas públicas, tornaria mais lentos e caros os processos decisórios da Administração Pública. Este “custo democrático” – redarguem os defensores de uma ampla participação popular – conferiria maior legitimidade à atuação estatal, além de não restar demonstrado ou, sequer, quantificado a existência efetiva de algum custo adicional à Administração Pública para a adoção destes meios (BAPTISTA, 2001, p. 104).

Não há que se falar em uma extinção da participação popular ou mesmo da eficiência; ambos são princípios positivados na Constituição Federal e devem ser cumpridos. Cabe, tão somente, ao legislador ou ao intérprete conciliá-los em cada caso concreto, aplicando em harmonia tais normas.

Creemos, todavia, que esta participação popular, tal qual ocorre nos procedimentos das agências reguladoras brasileiras, não é suficiente para legitimar sua atuação, sendo esta mais legitimada pela eficiência do que propriamente por um *procedimento democrático participativo*. Marcelo Figueiredo já aponta este fenômeno, afirmando que a participação popular no direito administrativo pátrio tem papel ínfimo, reduzido a um trabalho consultivo (FIGUEIREDO, 2005, p. 255).

Outros riscos apontados à participação popular são o que os norteamericanos denominam de *overintrusion* e *underprotection*. A intromissão excessiva dos interesses sociais mais organizados nos processos participativos provocará o desequilíbrio e a mácula da participação popular, desamparando interesses individuais ou daqueles com inferior capacidade de mobilização. Por outro lado, a Administração não poderia ficar inerte e passiva nos procedimentos participativos; sem um papel atuante e interventor, estimulando a atuação de todos os interesses, há a *overintrusion*.

Fácil perceber que são vícios interligados; a *underprotection*, uma débil atuação do Estado no processo participativo pode provocar a *overintrusion*, uma intromissão excessiva de alguns interesses mais organizados; por outro lado, havendo uma atuação excessiva do Estado, perde o interesse da participação popular e esta passa a não mais existir, voltando a haver apenas uma atuação unilateral por parte do Estado.

Portanto, os conflitos que podem existir entre a participação popular e a eficiência são incontáveis, razão pela qual o conteúdo de ambos os princípios deve estar bem delimitado de modo a não haver choque – situação ideal – ou, havendo, em número reduzido e facilmente contornado pela Administração Pública.

3.2 A lei como limite à participação popular

Conflitos entre os princípios da eficiência e da participação popular irão existir, mesmo porque impossível que o legislador ou o administrador consiga prever todas as situações que possa existir este conflito. Todavia, as normas infraconstitucionais que tratam especificamente de regulação, antecipando este conflito, traçam diretrizes específicas para a participação popular de modo que esta não prejudique a eficiência, elemento caracterizador da atuação destes entes estatais.

Desta forma, entendemos que a norma criadora das agências reguladoras – e as normas infralegais que dispõem sobre a matéria – resolverão o conflito participação popular vs. tecnicismo, de modo que tais normas é que balizarão a atuação dos cidadãos na Administração Pública, mais especialmente, nas agências reguladoras; qualquer tipo de participação popular que extrapole os limites previstos na norma, colidirá frontalmente com o tecnicismo, sendo ilegal por clara afronta à lei bem como por lesão ao princípio da eficiência que norteia a atividade regulatória.

A lei como limite à participação popular vem a ser não apenas uma resolução do conflito principiológico entre eficiência (através do tecnicismo das agências), de um lado, e participação popular, do outro, bem como vem a impedir que a vontade de alguns sobreponha-se à vontade geral (lei), de tal modo que o papel da participação popular na Administração Pública é subalterna à lei (*lato sensu*), fonte maior de legitimidade e de atuação do Poder Público (BAPTISTA, 2001, p. 105). Neste tópico, abordaremos pontualmente as três primeiras agências reguladoras federais, quais sejam, a ANATEL, ANP e ANEEL, por entendermos que são modelos que inspiraram as demais agências criadas posteriormente – tanto em âmbito federal quanto em âmbito estadual – procurando traçar os limites participativos em cada uma delas.

A Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, que cria a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e B combustíveis, aborda em seu art. 11º que a ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores, sendo estes nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III *f* da Constituição Federal de 1988.

Este dispositivo legal pouco – ou nada – diz sobre a qualificação destes agentes, sendo certo apenas concluirmos que a participação popular, na diretoria da ANP, é bastante restrita (ou inexistente), se tratarmos o conceito de *povo* como qualquer cidadão, independentemente de ser aprovado pelo Senado Federal ou nomeado pelo Presidente da República, bem como não possuir qualquer vínculo formal com a agência reguladora.

O art. 5º da referida lei deve ser lido em conjunto com o art. 5º da Lei 9.986/00 que afirma que o Diretor Geral de agências reguladoras será brasileiro, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais será nomeado.

A condução dos negócios da ANP, todavia, não se limitam à sua diretoria; a lei 9.478/97 também criou o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE – sendo que uma das principais funções da ANP é dar apoio técnico ao Conselho (art. 2º, §1º) bem como executar as políticas emanadas deste Conselho. A estrutura e o funcionamento deste conselho foram regulamentadas pelo decreto presidencial n. 3.520 de 21 de junho de 2000, sendo seus integrantes (art. 2º): Ministro de Estado de Minas e Energia, que o presidirá, Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministro de Estado da Fazenda, Ministro de Estado do Meio Ambiente, Ministro de Estado de Desenvolvimento, Indústria, e Comércio Exterior, Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência

da República, Ministro de Estado da Integração Nacional, Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, representante dos Estados e do Distrito Federal, um representante da sociedade civil especialista em matéria de energia, um representante de universidade brasileira especialista em energia e o presidente da Empresa de Pesquisa Energética.

Além de uma composição mais plural, o CNPE também admite a constituição de Grupos de Trabalho e Comitês Técnicos para analisar e opinar sobre matérias específicas sob sua apreciação, sendo estes grupos e comitês tendo a participação de representantes da sociedade civil, agentes e dos consumidores (art. 3º). Consoante explicita o art. 3º, estes grupos se restringem tão somente a *analisar* e *opinar* sobre matérias específicas, sendo decisão discricionária do CNPE a constituição destes grupos (“O CNPE *poderá...*” art. 3º), não sendo suas opiniões vinculativas para o Poder Público.

Além desta participação mais plural no CNPE, a ANP também permite audiências públicas, sendo seu público considerado ainda bastante restrito, diante do vasto domínio do setor energético.

A Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações bem como prevê a criação de um órgão regulador para o setor, cabendo ao Poder Executivo fixar-lhe a estrutura organizacional através de decreto (art. 10). Este decreto fora criado menos de três meses depois, em 7 de outubro de 1997, Decreto n. 2.338/97.

O Conselho Diretor da ANATEL será composto por cinco conselheiros, brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, escolhidos pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal (art. 20). O Conselho Consultivo da citada agência possui uma composição mais plural, sendo formado por dois conselheiros indicados pelo Senado Federal, dois indicados pela Câmara dos Deputados, dois indicados pelo Poder Executivo, dois indicados pelas entidades de classe das prestadoras de serviço de telecomunicações, dois indicados pelas entidades representativas dos usuários e, por final, dois indicados por entidades representativas da sociedade.

A Agência terá, ainda, um ouvidor, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, que constitui uma figura receptora de anseios sociais, funcionando como um elo entre o Poder Público e a sociedade. A Anatel promove diversas audiências públicas, onde, após explicações de técnicos da agência, são coletadas informações e propostas dos participantes que serão analisadas pela agência. Aqui, assim como as audiências públicas na ANP, é registrado

baixo número de participantes da sociedade, sendo que a maior parte destes é de representantes de empresas de telefonia. As atas das audiências são disponibilizadas no sítio eletrônico da agência, aumentando a possibilidade de conhecimento e controle por parte da sociedade civil.

No tocante à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – criada pela lei 9.247 de 26 de dezembro de 1996, seu art. 4º trata de sua composição, qual seja, um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado. A lei é lacônica no tocante à participação popular mas, tal qual as demais agências reguladoras, são realizadas constantemente audiências públicas para apresentações técnicas, votações acerca de tarifas e outros temas similares. Embora não haja um edifício normativo próprio, a praxe destas audiências demonstra que possuem teor meramente opinativo.

4. CONCLUSÕES

1. O denominado “Estado Regulador” não é uma antítese ou uma negação do Estado de Direito. Ao contrário, o pressupõe, à medida que as medidas de regulação nos mais diversos campos – econômico, social e ambiental – são, antes de tudo, medidas normativas.

2. O êxito do *welfare state* proposto pela Constituição Federal de 1988 trouxe, consigo, as causas de sua derrocada. Ao passo que eram concedidos mais e mais direitos e vantagens à população, era necessária uma maior atuação do Estado e, conseqüentemente, um maior investimento deste. Sendo os recursos limitados, o montante de recursos vai se tornando insuficiente e a crise parece inevitável ao Estado. Entrando o Estado em crise e não mais podendo assegurar (ou ampliar) as melhorias na qualidade de vida da população, ou mesmo dos serviços mais essenciais, a atuação estatal passa a perder legitimidade e a manutenção de sua base começa a ficar ameaçada.

3. Com a impossibilidade material de se cumprir todos os programas propostos pela Constituição, na década de 90 o Estado passou a se reestruturar, dando início a um processo de *desestatização*. Tendo saído de alguns setores, o Estado não podia, contudo, deixar de impor uma certa regulação setorial com a finalidade de que Estado e particulares, em conjunto, busquem um mesmo objetivo previamente imposto pela Constituição Federal. Assim, iniciou-se

um processo de criação de agências, após o permissivo da Emenda Constitucional n. 8 e o advento da Lei 9.427 de 26.12.1996 que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, seguida pela Lei 9.472 de 16.7.1997, instituindo a Agência Nacional de Telecomunicações e a Lei 9.478 de 6.8.1997 criando a Agência Nacional do Petróleo.

4. A independência das Agências Reguladoras não pode ser entendida como uma falta de limites, mas apenas uma maior liberdade para sua atuação em setores estratégicos para o Estado. Esta independência tem diversas facetas, quais sejam: a) independência dos dirigentes frente ao Poder Executivo, por intermédio de mandatos por tempo determinado, não coincidentes com os mandatos do Poder Executivo, sendo vedada a livre exoneração; b) independência econômica e administrativa, tendo as agências suas próprias receitas provenientes, geralmente, do próprio setor regulado, bem como liberdade para contratar seu pessoal, sob o regime estatutário e celetista (dependendo do cargo); c) independência *processual*, sendo inadmitido o recurso hierárquico impróprio.

5. Para explicar a legitimidade da atuação das agências reguladoras, são utilizadas a teoria da participação popular, pela qual sua legitimidade advém de uma democracia mais participativa, um exercício mais forte da cidadania, bem como a Teoria dos Poderes Neutrais, segundo a qual as agências reguladoras, longe de serem contrárias à democracia, a fortaleceria, na medida em que garantiria que os poderes eleitos democraticamente respeitassem fielmente os direitos fundamentais previstos na Constituição, o que poderia não ocorrer se este controle se desse por poderes eleitos pelo povo, quando este poderia vir a representar só a parcela da população que o elegeu, e olvidar a minoria.

6. O princípio da legalidade, na atualidade, sofre uma profunda reestruturação, devendo ser entendido mais como um princípio da *juridicidade*, conjugando Constituição, leis e normas infralegais como vetores da atuação administrativa, devendo-se ressaltar, ainda, que normas infralegais não inovam primariamente no ordenamento jurídico, fazendo-o, tão somente, de forma secundária.

7. No tocante à eficiência, princípio alçado ao *status* de norma constitucional com a EC n. 19, esta não é entendida tão somente como um alcance de finalidades; ganha feições de eficiência socioeconômica, denotando a importância da produção de bens e serviços da melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com custos mais módicos para a sociedade, de modo a atender eficientemente suas necessidades.

8. A participação popular veio com a importante função de retificar o distanciamento da organização administrativa em relação ao cidadão, trazendo aquela mais próxima deste, legitimando mais sua atuação.

9. Acreditamos que a participação popular, tal qual ocorre nos procedimentos das agências reguladoras brasileiras, não é suficiente para legitimar sua atuação, sendo esta mais legitimada pela eficiência do que propriamente por um *procedimento democrático participativo*. Outro perigo para a participação popular sem limites normativos é a *overintrusion* e a *underprotection*.

10. As agências reguladoras necessitam de limites mais claros e precisos para a participação popular em sua atuação. Em geral, são lacônicas neste sentido, sendo que apenas a praxe determina qual o papel do cidadão na condução dos negócios desta agência. Sendo a Administração Pública vinculada à lei, é direito subjetivo do cidadão ter delimitado o campo de sua participação, sob pena que esta extrapole, colocando por terra a eficiência e o tecnicismo, próprios destas entidades, ou aniquilando a participação popular, importante fonte de conhecimento dos anseios e necessidades do povo.

5. REFERÊNCIAS

Livros

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos humanos, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo: Constitucionalização e Participação na Construção de uma Dogmática Administrativa Legitimadora.** Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estadual do Rio de Janeiro sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro. 2001.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativo.** São Paulo: Malheiros, 2005

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 5ª ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade.** São Paulo: Singular, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

Artigos

ARAGÃO, Alexandre Santos. *in* BINENBOJM, Gustavo. *Coord. Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência Administrativa na Constituição Federal**. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-VLADIMIR%20FRAN%C7A.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Participação Administrativa**. *In* OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Coords. Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo De Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.