

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO E-ENERGIA

ANÁLISE DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR  
JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E  
BIOCOMBUSTÍVEIS

---

**Fabrizia Pessoa Serafim**

**RESUMO**

A evolução do Estado de Direito culminou em nossos dias na adoção de um paradigma segundo o qual a democracia, tanto em seu aspecto procedimental quanto substancial e exercida através de mecanismos diretos e indiretos, possui um papel central para a legitimação e limitação do poder político, inclusive no exercício da função administrativa. A partir dessa constatação, o presente trabalho analisa o exercício democrático do poder junto à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), tendo em mente a questão do déficit democrático das agências reguladoras. Nesse desiderato, em um primeiro momento enfrenta tópicos conceituais atinentes à hodierna discussão em torno da prática democrática, tais como a adoção da democracia enquanto paradigma atual do Estado de Direito e suas influências sobre a função administrativa do Estado e sobre as agências reguladoras. Em seguida, com base nos esforços teóricos anteriormente empreendidos, debruça-se especificamente sobre o tema proposto examinando teórica e empiricamente os institutos jurídicos de participação popular no existentes junto à ANP.

**Palavras-chave:** Democracia. Direito Administrativo Democrático. Institutos jurídicos de participação popular. ANP.

## **1 INTRODUÇÃO**

A evolução do Estado de Direito culminou em nossos dias na adoção de um paradigma segundo o qual a democracia, tanto em seu aspecto procedimental quanto substancial e exercida através de mecanismos diretos e indiretos, possui um papel central para a legitimação e limitação de todo o poder político e não apenas para a legitimação do poder político exercido pelos representantes do povo, eleitos para compor o Poder Legislativo.

Nesse diapasão, o presente trabalho analisa o exercício democrático do poder junto à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), tendo em vista a questão do déficit democrático das agências reguladoras, institutos relativamente recentes dos quais abriu mão o Poder Executivo para se adequar à atual realidade socioeconômica.

A primeira parte do trabalho discute o conceito de democracia em voga em nossos dias, refletindo sobre as dicotomias entre democracia representativa e democracia participativa e entre democracia substancial (ou material) e democracia procedimental (ou formal). Em seguida, problematiza historicamente a adoção da democracia como hodierno paradigma do Estado de Direito e faceta dos direitos humanos e fundamentais, através do exame de alguns dos processos históricos e sociais ocorridos principalmente nos séculos XIX e XX. Por fim, debruça-se com mais afinco sobre o exercício democrático do poder na função administrativa do Estado e nas agências reguladoras.

Em um segundo momento, e com base nos esforços teóricos anteriormente desferidos, são analisados os institutos jurídicos de participação popular na ANP a partir de uma abordagem teórica e empírica. Essa última consistiu em uma análise qualitativa das cinco últimas audiências públicas realizadas pela agência em comento no ano de 2011.

Chega-se à conclusão de que esses institutos são uma importante forma de legitimação e limitação do poder exercido pelas agências reguladoras, mas ainda é preciso desprender um enorme esforço teórico e prático para concretizar a participação popular direta e os aspectos substanciais da democracia nesses entes da Administração Pública indireta.

## **2 A DEMOCRACIA COMO ATUAL PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO**

### **2.1 AS DICOTOMIAS QUE PERPASSAM O CONCEITO DE DEMOCRACIA**

Pode-se afirmar, em apertada síntese, que para a consolidação da teoria contemporânea ocidental da democracia, confluíram sobremaneira duas tradições do pensamento político, a saber: a teoria clássica, oriunda das práticas e dos pensadores da Grécia antiga, merecendo destaque os trabalhos de Platão e Aristóteles, e a teoria moderna, nascida com o Estado moderno, dividida entre aqueles que acreditavam em uma prática democrática essencialmente representativa (Montesquieu, Locke) e os que acreditavam em uma democracia direta (Rousseau). Acrescentou-se ainda um embate com as doutrinas políticas dominantes no século XIX e XX, a saber, o liberalismo de um lado e o socialismo do outro e, mais recentemente, as reflexões sobre a democratização dos espaços não estatais. (BOBBIO, 1998, p. 319).

No entanto, o tema ainda não é algo consolidado, seja na prática ou na teoria. Duas das mais das frutíferas discussões ainda em aberto sobre o conceito de democracia giram em torno das dicotomias entre democracia representativa e democracia participativa e entre democracia substancial (ou material) e democracia procedimental (ou formal).

A democracia participativa é brilhantemente descrita por Bonavides (2001, p. 19) como a “repolitização da legitimidade, criadora de uma neocidadania governante”, único caminho pelo qual “a democracia sairá do círculo vicioso onde se movem, à revelia e à distância do povo, as bancadas congressuais e as organizações partidárias”.

Mas, no que diz respeito à dicotomia entre democracia representativa e democracia participativa, vê-se a necessidade da conciliação entre os mecanismos democráticos representativos (ou indiretos) e participativos (ou diretos), vez que, em sociedades humanas complexas como as atuais, é impossível do ponto de vista prático levar a cabo uma democracia puramente direta, mas também é indesejável manter-se uma democracia meramente representativa.

Morais (2006) elenca algumas das circunstâncias que afetam o projeto democrático baseado na participação direta dos cidadãos, dentre algumas o número crescente de indivíduos que conquistaram a cidadania ativa; as dificuldades técnicas dos temas hoje enfrentados na esfera pública e o volume de questões que precisam ser discutidas.

Já a democracia assentada simplesmente em bases representativas é insuficiente, para legitimar os poderes estatais encarregados de dar cumprimento aos mandamentos legais, teoricamente oriundos da vontade popular, havendo a utilização do povo como mero ícone toda vez que os integrantes dos Poderes Executivo e Judicial agem em desconformidade com a lei ou com a Constituição. (MÜLLER 2009, p. 54).

Por outro lado, um conceito mínimo de democracia deve ser necessariamente composto não apenas por aspectos procedimentais, que regulam a participação dos cidadãos na condução da coisa pública, seja isso feito de forma direta ou indireta, mas também por aspectos substanciais, os quais variam conforme a teoria adotada.

Acreditamos que tais aspectos substanciais da democracia devem se ocupar não apenas dos direitos civis e das liberdades políticas, identificando, dessa forma, a democracia com o Estado Liberal. A democracia deve levar em conta também a justiça social, sem a qual não há como exercitar adequadamente as regras do jogo democrático, visto que sem os direitos sociais e econômicos não há como concretizar os direitos civis e políticos.

Ora, seria no mínimo contraditório aceitar teoricamente que os resultados provenientes de um regime dito democrático permitissem a sua própria deterioração ou degeneração para outro tipo de organização político-governamental. Como exposto por Zaverucha (2009, p. 45), a igualdade social sem liberdade política desemboca em ditaduras populares e violação dos direitos políticos enquanto que a igualdade formal pode servir de fachada para a manutenção de níveis substantivos de desigualdade e violação de direitos civis e sociais.

## 2.2 A DEMOCRACIA COMO FACETA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Nas últimas décadas do século XX e nos primeiros anos do século XXI, observa-se uma luta pela adoção da democracia como forma de governo, seja por meio de campanhas militares para implementá-la em outros países, como aquelas levado a cabo pelos Estados Unidos no Afeganistão e no Iraque, seja através de movimentos populares, como a Primavera Árabe.

Nada obstante, o presente trabalho parte da premissa de que a adoção da democracia e da defesa dos direitos humanos e fundamentais por parte dos mais variados sujeitos não deve ser naturalizada, mas sim problematizada e posteriormente

compreendida. Ademais, é cediço que cada um desses sujeitos possui motivações históricas e sociais diversas para adotar essa forma de governo como solução ou como paradigma.

Inicialmente é preciso ter em mente que as discussões em torno de um ideal democrático não são recentes<sup>1</sup>. Mas, tendo em vista a necessidade de se delimitar historicamente a presente discussão, seria possível discorrer brevemente sobre a consolidação democrática ocorrida a par da evolução do Estado de Direito, como forma de legitimação do exercício do poder político, o qual, após as revoluções liberais, não podia mais buscar alicerce em explicações metafísicas. Mas esse não foi um trajeto linear: durante todo o século XIX, houve processos descontínuos de liberalização e democratização, ora conjuntamente, ora separadamente. (BOBBIO, 2000, p. 52).

Tais processos ganharam novo fôlego para o direito positivo ocidental hodierno nos acontecimentos do século XX, notadamente no Holocausto na Segunda Guerra Mundial, após o qual surgiram fortes movimentos de garantia de direitos humanos e fundamentais, tanto no âmbito internacional (internacionalismo ou consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos) quanto no âmbito nacional (nova faceta do constitucionalismo).

Esses movimentos, ainda em atividade, incluem a democracia como um direito humano e fundamental de quarta geração<sup>2</sup>. Ademais, visam garantir aos seres humanos

---

<sup>1</sup> A origem das experiências democráticas é registrada por historiadores na Grécia Antiga, mas, a depender da perspectiva adotada, a democracia teria procedências mais abrangentes do ponto de vista territorial. Isso porque, entendendo-se por democracia não apenas a existência de instituições modeladas por intermédio de eleições e votações, mas sim o fato de que certas sociedades humanas experimentaram ou experimentam a ocorrência de espaços abertos para as discussões públicas concretizando dessa maneira um governo participativo, teriam-se diversos outros casos na história mundial. Nesse sentido, Sen (2011, p. 330 e 331, tradução nossa) cita, dentre outros exemplos, os da cidade de Shushan ou Susa, no Irã, que manteve por séculos “um conselho eleito, uma assembleia popular e magistrados que eram eleitos por essa assembleia” e da Índia antiga, onde foi registrada a “prática da democracia municipalizada”.

<sup>2</sup> A democracia aparece como um direito humano desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu artigo XXI, garante que toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos, igual direito de acesso ao serviço público do seu país e que a vontade do povo será a base da autoridade do governo. Talvez o documento mais emblemático sobre o tema, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas já 1966. Mais recentemente, a Declaração e programa de ação de Viena, assumida em 1993, afirma em seu art. 8 que a “democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente” e que a “comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a promoção de democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro”. Também nesse sentido a seção V da Declaração do Milênio, adotada em 2000, a qual versa sobre a correlação e a defesa dos direitos humanos, a democracia e a boa governança. Também deve ser citada a resolução 56/98, de 14 de dezembro de 2001, tomada pela Assembleia Geral da ONU, mediante a qual o referido órgão solicitou que o Secretário Geral da ONU

um mínimo ético e uma garantia jurídica que devem ser obrigatoriamente respeitados pelos Estados de forma a se evitar o novo cometimento de tamanhas atrocidades.

### 2.3 O DIREITO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO

O Direito Administrativo, como ramo autônomo do direito, surgiu historicamente apenas com a passagem do Estado Absolutista para o Estado Moderno e a consequente consagração dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Antes do advento dessa nova forma de organização social, todo o poder pertencia ao soberano, cuja legitimidade provinha de Deus. Nesse diapasão, a Administração Pública também seguiu a lógica da consagração da tripartição dos poderes e de um Estado baseado nos ditames legais, isto é, de um Estado de Direito; assim, a função administrativa passou a ser exercida por um corpo específico do governo e a se ater ao que a lei determinasse, negando-se, dessa forma, o anterior voluntarismo levado a cabo por monarcas absolutistas. (MELLO, 2009)<sup>3</sup>.

De qualquer forma, hodiernamente, também perpassa o Direito Administrativo a releitura paradigmática enfrentada pela ciência do direito após a Segunda Guerra Mundial. Assim, institutos jurídicos típicos desse ramo do direito devem ser revistos frente à adoção da democracia como paradigma do direito, à positivação da proteção dos direitos humanos e fundamentais e às novas teorias que procuram explicar o fenômeno jurídico. Ademais, a participação popular na seara administrativa inclui não apenas a atuação na gestão da coisa pública, como também o controle da Administração Pública por parte dos cidadãos (“accountability”), garantido-se, dessa forma, a defesa do chamado interesse público primário, que, em verdade, corresponde a uma imensa gama de interesses que o Estado, sozinho em sua função executiva, não pode proteger.

Em nosso país, o marco jurídico-positivo que consolidou a transição de um regime autoritário para um democrático é a própria Constituição Federal de 1988, promulgada após a ditadura militar das décadas de sessenta e setenta. A CF/88 ostenta

---

examinasse opções para fortalecer o suporte dado pela organização e seus sistemas aos esforços dos Estados-membros a consolidarem a democracia em seus territórios.

<sup>3</sup> Nada obstante a evolução histórica da limitação do poder arbitrário, inclusive no tocante à função administrativa do Estado, consideram alguns autores que os primeiros princípios do Direito Administrativo não foram democráticos, por trazerem em si a noção de poderes administrativos, em uma perspectiva autoritária e de imposição aos administrados (Binenbojm, 2008, p. 11). Data vênica, concordamos com Mello (2009) no que diz respeito às bases ideológicas do Direito Administrativo remontarem ao surgimento do Estado de Direito e à busca pela submissão do poder aos direitos dos administrados, dentro de um espírito protetor do cidadão contra eventuais descomedimentos por parte dos detentores do poder estatal.

em diversos dispositivos essa vontade de se suplantar o passado histórico ditatorial do país e de dar lugar à pluralidade e aos direitos humanos e fundamentais. Nesse sentido, já em seu art. 1º aduz que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

Ademais, a CF/88 assegura no parágrafo único desse mesmo artigo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Como nos ensina Müller (2004), a expressão “povo” não deve ser entendida como se houvesse sido utilizada gratuitamente, tendo em mente que as Constituições contemporâneas são verdadeiros documentos jurídicos que devem ser concretizadas pelos ordenamentos que instauram.

No campo específico do Direito Administrativo, é preciso anotar que a Emenda Constitucional nº 09/1995 foi a primeira a introduzir mecanismos que modernizaram a Administração Pública, mas que foi a Emenda Constitucional nº 19/1998 que provocou uma verdadeira reforma administrativa, focada não apenas na modernização do Estado, mas também em dispositivos preocupados com a maior legitimação, transparência e aproximação da Administração Pública com a sociedade.

Foi essa última alteração que trouxe, por exemplo, a nova redação do art. 37, § 3º, da CF/1988, o qual confere à lei a tarefa de disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Assim, percebe-se a envergadura constitucional da atual premência da participação popular na função administrativa do Estado, frente aos novos paradigmas da ciência do direito e à hodierna demanda social por uma maior democratização, isto é, por uma efetivação da soberania popular, que consolida, dentre outros, a colaboração e o controle popular na função administrativa do estado.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, por sua vez, proporcionou uma Reforma Administrativa na medida em que tentou promover no país um projeto de modernização do Estado, consentânea com a realidade socioeconômica da época e que superasse as

dificuldades encontradas pela Administração Pública após as experiências do Estado Liberal e do Estado de Bem Estar Social. Os desígnios dessa reforma vinham expostos genericamente no documento divulgado pela Presidência da República intitulado como “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” e correspondiam, de acordo com o referido documento, à busca de uma maior eficiência, agilidade, capacidade gerencial, legitimação, transparência e também a aproximação com a sociedade, tanto na colaboração quanto no controle.

#### 2.4 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A CF/1988 erigiu um modelo piramidal para a Administração Pública brasileira ao asseverar em seu art. 84, II que compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal. E é essa responsabilidade política do presidente, não apenas enquanto chefe do governo, mas também como chefe da própria Administração Pública, que confere uma unidade administrativa e legitima junto ao povo a tomada de decisões nessa seara.

Mas, na década de 1990, a reboque dos processos de reforma do Estado promovidos nomeadamente pela Emenda Constitucional nº 19/1998, foram instituídas diversas agências reguladoras, as quais, como entes da Administração Indireta, quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública e foge responsabilidade política que o governo poderia vir a exercer. Assim, tais agências rompem o tradicional modelo piramidal de organização da Administração Pública, chegando-se a uma configuração denominada por Binenbojm (2008) como policêntrica.

As agências reguladoras brasileiras foram criadas sob a forma de autarquias de regime especial para a regulação de setores sensíveis da vida em sociedade, notadamente certos setores da economia e propunham justamente se constituírem em órgãos neutros e afastados de ingerências políticas indevidas. Para tanto, as agências reguladoras precisam intervir nos referidos setores da sociedade por intermédio da regulação, fiscalização e aplicação de sanções administrativas a particulares, isto é, fazendo uso de poderes típicos da Administração Pública. Por essa razão, necessitavam assumir uma personalidade jurídica de direito público. Mas, ao mesmo tempo, precisam garantir a sua independência frente à Administração Direta, se chegando assim à implementação das agências reguladoras sob o formato de autarquias dotadas de um regime jurídico especial. (BINENBJOM, 2008).

Nada obstante a criação das agências reguladoras ter ao menos como objetivo assumido a concretização do princípio da eficiência da Administração Pública, subsiste uma tensão com o regime democrático em decorrência da não sujeição hierárquica dos administradores, que não são votados pelo povo, ao chefe da Administração Pública, o qual, por sua vez, foi eleito democraticamente. A subserviência aos ditames legais, formulados por representantes eleitos pelo povo, também não serve para afastar esse déficit democrático presente nas agências reguladoras, vez que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis repletas de termos vagos e gerais que acabam transferindo aos diretores dessas agências inúmeras decisões de cunho político.

Por essas razões, a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática das agências reguladoras. Assim, vê-se que a função regulatória da Administração Pública, exercida notadamente pelas agências reguladoras, também precisa se amoldar aos novos ventos democráticos que oxigenam hodiernamente a ciência do direito. Nesse intento, passa-se a discutir teoricamente três dos institutos jurídicos que proporcionam a participação dos cidadãos mais comuns no direito brasileiro, os quais se apresentam como uma das melhores formas para se suprimir o déficit democrático sentido na regulamentação levada a cabo por essas autarquias especiais. São eles as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos deliberativos e/ou consultivos ou mistos.

As audiências públicas são um exemplo desses institutos jurídicos de participação popular na Administração Pública e consistem na realização de sessões públicas com debates orais abertos a todos os interessados, sendo voltadas ao esclarecimento e discussão de questões administrativas determinadas. O resultado do debate não tem caráter vinculante para a agência, possuindo apenas a função consultiva ou meramente opinativa. Não existe um regramento em torno das audiências públicas no direito brasileiro, sendo necessário apontar que os art. 32 e seguintes da Lei 9.784/1999 também não especifica o processo de adoção dessa forma de participação popular no bojo dos processos administrativos federais.

Contudo, nela incidem os princípios gerais do direito e aqueles que informam especificamente o processo, não sendo possível admitir, por exemplo, a violação do devido processo legal, da economia processual, da instrumentabilidade das formas ou da paridade de armas. Ainda por essa razão não seria possível admitir uma brusca alteração da norma discutida em audiência pública sem aviso prévio e sem a realização de um

novo procedimento, sob pena de ter sido a audiência um mero artifício sem utilidade real. (PEREZ, 2009).

As consultas públicas são, por sua vez, procedimentos mais simples do que as audiências, na medida em que não possuem espaço para debates orais, mas apenas para a manifestação por escrito sobre determinado ponto. Perez (2009, p. 177) explica ainda que

(...) a consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos (de interesse geral), visando que, no prazo determinado pela Administração, todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito.

Idealmente, todas as respostas formuladas às questões do público devem ser examinadas pela agência reguladora, assim como a rejeição ou adoção das medidas propostas deve ser motivada e publicizada, mas inexistente previsão legal sobre o assunto. Ademais, há de se concordar com Binenbojm (2008) quando esse prescreve que, nos casos em que há obrigatoriedade por força de lei de realização de audiência ou consulta pública, a participação deve ser entendida como condição de validade do ato administrativo.

Já os conselhos consultivos e/ou deliberativos são órgãos de participação social institucionalizada que apresentam composição mista, abrangendo desde pessoas da sociedade a agentes econômicos e representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação. A lei que os prevê pode lhes dar um caráter meramente consultivo ou também deliberativo, isto é, com deliberações vinculantes para o ente da Administração Pública ao qual estejam vinculados.

### **3. PRÁTICAS DEMOCRÁTICAS NA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS**

A partir desses conceitos, é possível analisar a utilização dos institutos de participação popular, os quais possibilitam a concretização do exercício democrático e a superação do referido déficit de legitimação pertinente a todas as agências reguladoras junto à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

### 3.1 ANÁLISE TEÓRICA DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR JUNTO À ANP

A lei que a criou (Lei 9.478/97) foi elaborada na esteira da Emenda Constitucional nº 09/95, que flexibilizou o monopólio da União quanto ao petróleo. A referida norma infraconstitucional regulamentou o novo §1º do art. 177 da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 09/95, segundo o qual “a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”.

Tendo em vista a centralidade do setor energético para as sociedades atuais, as quais dependem do petróleo, gás natural, biocombustíveis e demais fontes renováveis de energia, é possível compreender a importância de que o referido setor também seja permeado pela participação e controle social.

Mello (2009, p. 170) assevera que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) disciplina e controla “atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”, as quais, por sua vez, correspondem a um monopólio estatal flexibilizado pela Emenda Constitucional nº 09/1995.

Nos princípios elencados no art. 1º da Lei do Petróleo, não se faz menção direta à nova forma de gestão da coisa pública, mais comprometida com o princípio democrático. Mas o primeiro inciso do referido dispositivo aduz que as políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão preservar o interesse nacional, termo aberto que necessariamente precisa ser preenchido a partir do efetivo diálogo entre o Estado e a sociedade, tendo em vista que, frente à hodierna pluralidade de interesses existentes no seio da sociedade, o Estado, sozinho, não pode mais defini-los ou tutelá-los.

Ainda no mesmo artigo, aparecem como objetivos das políticas energéticas nacionais a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos e a promoção da livre concorrência, num entendimento segundo o qual para a eficiência das economias de mercado é preciso corresponder às expectativas da sociedade e das empresas.

A Lei 9.478/1997 criou o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e

medidas específicas determinadas pela lei em comento. No entanto, a regulamentação de tal órgão foi deixada a cargo de decreto a ser expedido pelo Presidente da República, que determinará sua composição e a forma de seu funcionamento.

Tal feito foi levado a cabo pelo Decreto nº 3.520/200, segundo o qual o CNPE é órgão de assessoramento do Presidente da República - isto é, um conselho consultivo, como visto alhures - para a formulação de políticas e diretrizes de energia e terá uma composição mista na medida em que será integrado pelos Ministros de Estado da Ciência e Tecnologia; do Planejamento, Orçamento e Gestão; de Estado da Fazenda; de Estado do Meio Ambiente; de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Casa Civil da Presidência da República; de Estado da Integração Nacional; de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; por um representante dos Estados e do Distrito Federal; por um representante da sociedade civil especialista em matéria de energia; por um representante de universidade brasileira, especialista em matéria de energia; pelo presidente da Empresa de Pesquisa Energética - EPE e pelo Secretário-Executivo do Ministério de Minas e Energia.

O artigo 18 da Lei 9.478/1997 assegura a publicidade sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre esses e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis. A observância ao princípio da publicidade, insculpido inclusive no art. 37, caput, CF/88 manifesta a nova atuação dos indivíduos não apenas na gestão direta da coisa pública, mas também no controle dos agentes estatais.

Já o art. 19 da mesma lei assevera que aquelas iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo devem ser obrigatoriamente precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP, garantindo-se, nesse ponto, a participação popular de forma explícita.

O art. 20 do referido diploma normativo dispõe que o regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento, o que reflete uma abertura a práticas inovadoras na Administração Pública próximas do conceito de governança pública e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática na medida em que dá concretização ao princípio constitucional da eficiência que deve reger toda a Administração Pública nacional.

### 3.2 ANÁLISE PRÁTICA DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR JUNTO À ANP

Consta do site institucional da ANP que, até o dia 13 de dezembro de 2011, foram realizadas trinta e quatro consultas ou audiências públicas por essa agência. No ano de 2010, foram realizadas trinta e uma consultas ou audiências; em 2009, vinte e três; em 2008, vinte; em 2007, vinte e sete; em 2006, quinze; em 2005, dezesseis; em 2004, apenas quatro e em 2003, três. A partir desses números é possível concluir que a ANP vem aumentando consideravelmente o número de consultas ou audiências a cada ano.

Para o presente trabalho, foi realizada uma análise qualitativa das cinco últimas audiências, a saber: a) audiência pública nº 34/2011, realizada em 13/12/2011, versando sobre minuta de resolução que regulamenta o uso de fontes vibratórias na aquisição de dados sísmicos em áreas terrestres; b) audiência pública nº 33/2011, realizada em 12/12/2011, versando sobre minuta de resolução que regulamenta o uso de explosivos na aquisição de dados sísmicos em áreas terrestres; c) audiência pública nº 32/2011, realizada em 30/11/2011, versando sobre minuta de resolução, incluindo seus anexos, que regulamenta o Padrão de entrega de dados referentes ao Perfil de Acompanhamento Geológico (PAG) de poços de exploração e produção de petróleo e gás natural, alcançando quaisquer empresas que perfurem poços em território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva; d) audiência pública nº 31/2011, realizada em 19/10/2011, versando sobre duas minutas que, juntas, estabelecem o novo marco regulatório do etanol combustível após a publicação da Lei nº 12.490, de 16/9/2011 e e) audiência pública nº 30/2011, realizada em 01/11/2011, versando sobre Minuta de resolução que estabelece a identificação dos Óleos Diesel de Baixo Teor de Enxofre (óleo diesel S-50 ou S-10) em vendas varejistas de combustíveis automotivos em todo o território nacional, a partir de 1º de janeiro de 2012.

Necessário anotar que as audiências selecionadas versaram sobre assuntos de extrema relevância, pois as duas primeiras tratam de assuntos correlacionados ao meio ambiente; a terceira delas, além de se relacionar com a temática ambiental, também diz respeito à prestação de contas por parte dos agentes econômicas dessa vultosa indústria; a quarta delas versa sobre nada menos do que o novo marco regulatório do etanol

combustível após a publicação da Lei nº 12.490, de 16/9/2011 e a última delas atinge de forma direta o domínio econômico.

Examinou-se, tomando como parâmetro as cinco audiências públicas mencionadas, a quantidade e o grupo a que pertenciam os participantes das referidas audiências. Os dados foram obtidos a partir de documentos postos a disposição pela própria ANP em seu site, sendo que apenas alguns documentos referentes a essas consultas ou audiências estavam disponíveis na internet. Dentre esses documentos, estavam o aviso de consulta ou audiência pública originariamente publicado no DOU, as minutas das resoluções que foram discutidas por meio das consultas ou resoluções, pareceres técnicos proferidos por órgãos da própria ANP para a elaboração das minutas e, em alguns casos, os relatórios de comentários e sugestões recebidos na Consulta Pública. Não existem pareceres técnicos expondo a análise dessas contribuições levada a cabo pela ANP, assim como a fundamentação da aceitação ou negação de cada uma delas e estavam disponíveis na internet apenas os dados referentes a três dessas audiências, fatos que por si mesmos já demonstram falhas na publicização dos mecanismos de participação popular adotados.

A partir dos dados disponíveis, percebeu-se que a maior parte dos participantes das audiências públicas realizadas pela ANP corresponde a agentes econômicos pertencentes a essa indústria e que em apenas uma ocasião a própria ANP levou em consideração a natureza desses participantes (Anexo 01). Assim, viu-se que a presença de órgãos governamentais, partidos políticos, entidades da sociedade civil (órgãos de classe ou associações) ou de cidadãos foi ínfima. E a ausência desses segmentos da sociedade civil conduz à constatação da permanência do déficit democrático que procurou ser sanado pela adoção de mecanismos de participação popular nas agências reguladoras, como visto alhures quando se analisou teoricamente a adoção de tais institutos.

Cumpram-se ademais que a própria agência reguladora em comento não distinguiu entre os conceitos de consulta e audiência pública, utilizando tais termos de forma indiscriminada em seu site e nos avisos publicados no DOU. Essa informação resta clara ao se observar o seguinte dispositivo constante do aviso de consulta e audiência públicas nº 34/2011, publicado no DOU de 7/11/2011: “3.1 O prazo da Consulta Pública é de 30 (trinta) dias, contados a partir da publicação deste Aviso de Audiência Pública, no Diário Oficial da União”. Com base no mesmo documento oficial, é possível observar que o texto escolhido pela ANP privilegia comunicação com

agentes econômicos ao tratar dos mecanismos de participação popular: “COMUNICA: aos agentes econômicos do setor de exploração e produção de petróleo e aos demais interessados que realizará Audiência Pública, precedida de Consulta Pública (...)”.

Há de se anotar também que a efetividade dessas audiências padece frente à especificidade dos temas e à falta de informação do cidadão comum com relação à indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis e a despeito da importância da mesma para a vida hodierna. Mesmo se tal participação fosse mencionada como um dos objetivos da audiência pública em comento, é de se questionar se haveriam cidadãos comuns presentes, vez que poucos detêm conhecimento tão específico. Nota-se, então, uma lacuna do poder público, o qual deveria não apenas abrir retoricamente o espaço público, mas também possibilitar a efetiva participação através da educação e da informação para que se pudesse, enfim, fugir da síndrome da ineficácia das normas jurídicas brasileiras.

Ainda no que concerne à análise prática dos institutos jurídicos de participação democrática junto à ANP, é necessário comentar acerca do Projeto de Lei nº 3.337/04, o qual propõe uma lei geral para as agências reguladoras, buscando ampliar o controle social nessas autarquias especiais. A referida proposição está sujeita à apreciação do plenário e tramita no regime de urgência do regimento interno da Câmara dos Deputados, estando o referido projeto de lei apensado ao de nº 2.057/2003. Dentre as alterações previstas, o projeto de lei se refere em seu art. 3º a um processo decisório colegiado nas questões atinentes à regulação setorial, mas não dispõe sobre a formação desse órgão, o que caberia, ainda, à lei de cada agência.

Em seu art. 4º, o Projeto de Lei aduz a obrigatoriedade, para todas as agências, de realização de consulta pública previamente à tomada de decisão, às minutas e propostas de alterações de normas legais, aos atos normativos e às decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados. Acreditamos que há uma redução prejudicial no que diz respeito aos titulares de interesses gerais, pois a proposição cita apenas os agentes econômicos, os consumidores ou os usuários dos serviços prestados. No entanto e notadamente no caso da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, interesses difusos e coletivos podem estar em jogo, o que não permitiria essa redução da obrigatoriedade das consultas públicas realizadas de antemão.

O §4º do dispositivo em comento inova ainda ao assegurar às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora até três representantes com notória especialização na matéria objeto da consulta pública, para acompanhar o processo e dar assessoramento qualificado às entidades e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar com as despesas decorrentes, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto nos arts. 25, inciso II, e 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Acreditamos que a restrição desse direito às associações que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência é despropositada e prejudicial pelos motivos já expostos. Igualmente, conferir esse direito somente às associações constituídas há pelo menos três anos é outra restrição desmesurada, visto que até para propor uma Ação Civil Pública, instrumento bem mais complexo e que atinge diretamente a esfera jurídica daquele contra quem ela é intentada, basta que a associação esteja formada há mais de um ano (art. 5º, V, a, Lei 7.346/1985).

Já quanto à realização de audiência pública, o art. 5º do Projeto de Lei nº 3.337/04 afirma que as Agências Reguladoras, por decisão colegiada, poderão realizar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante. Necessário apontar que o termo “poderão” deverá ser interpretado não como uma discricionariedade para a Administração Pública, mas sim como uma obrigatoriedade de realização das audiências em comento, tendo em mente os interesses em questão e a consecução de mecanismos para legitimar democraticamente a atuação dessas agências. No entanto, ao adotar como critério para instalação de audiências públicas a relevância da matéria em jogo, assim considerada pelo órgão colegiado máximo de cada agência, acaba-se dando muito poder a tal órgão e se afastando tais decisões de uma efetiva participação e controle populares.

A proposição ora em análise também traz o dever de as agências reguladoras disponibilizarem em local especificado e em seu sítio na Rede Mundial de Computadores - Internet, os estudos, dados e materiais técnicos que foram utilizados como embasamento para as propostas colocadas em consulta pública e em audiência pública. Ademais, acrescenta em seu art. 7º que os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados deverão ser disponibilizados

em local especificado e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a indicação do procedimento adotado.

Ainda conforme o Projeto de Lei nº 3.337/04, as Agências Reguladoras poderão estabelecer outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (art. 6º). O projeto prevê também o direito de obter da Agência Reguladora resposta fundamentada para aqueles que participam de consultas públicas (art. 7º), não restando esclarecido porque aqueles que participam de audiências públicas ou outros mecanismos de participação popular não teriam esse direito.

No tocante ao controle popular, vê-se que as indicações do projeto em comento acabam por diminuir a independência políticas das agências reguladoras, pois submetem seus relatórios anuais circunstanciados de suas atividades, destacando neles o cumprimento da política formulada para o setor pelos Poderes Legislativo e Executivo, à análise Ministério a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, além de disponibilizá-los na sede, suas unidades descentralizadas e em seu sítio na Internet (art. 8º). Em seu art. 13, o Projeto de Lei nº 3.337/04 prevê a existência, em cada agência reguladora, de um Ouvidor, que atuará junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições sem acumulação com outras funções. Ademais, dispõe sobre as formas de interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência.

## **5 CONCLUSÕES**

Foi possível concluir que existem alguns institutos jurídicos de participação popular no direito administrativo brasileiro, notadamente as audiências públicas, consultas públicas e conselhos consultivos e/ou deliberativos ou mistos. Junto à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis operam especificamente as consultas públicas e um conselho deliberativo de composição mista, incluindo não apenas integrantes do governo, mas também representantes da sociedade civil.

Nada obstante a existência dos referidos institutos jurídicos de participação popular junto à ANP, ainda falta muito para concretizar a democracia, entendida não apenas como um processo formal, mas também como a consagração de um mínimo substancial que defende os direitos humanos e fundamentais. Isso porque, frente aos dados coletados, viu-se que predomina a existência de mecanismos procedimentais e

formais, que, no entanto, não são utilizados por um número suficiente de cidadãos e que não preservem os interesses da maior parcela da população, já que essa parcela não chega a ser devidamente ouvida. Ora, no campo específico da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, avulta a problemática da necessidade de entendimento esclarecido, isto é, de uma maior conscientização dos atores sociais atingidos pelas problemáticas geradas por essa indústria, para que se possa ter uma participação popular mais consistente.

Ademais, é preciso considerar que, tendo em vista a limitação do presente trabalho, alguns outros pontos relevantes para a questão não foram abordados, tais como o grau em que a jurisprudência nacional protege não apenas o direito dos cidadãos participarem ativamente na coisa pública, como também os seus interesses frente a forças governamentais e econômicas ou a questão do enfraquecimento da soberania estatal frente a um mundo cada vez mais globalizado.

## **REFERÊNCIAS**

- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo; Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- \_\_\_\_\_. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 319-328.
- \_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado e democracia: onde está o povo?. In: LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. **Democracia, direito e política**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 113-125.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo?: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: First Harvard University Press, 2011.

ZAVERUCHA, Jorge. O Brasil é uma semi-democracia? **Cult**, São Paulo, n. 137, p.51-55, jul. 2009.

**ANEXO 01**

	Participantes	Observações
Audiência Pública nº 34/2011	-Sinopec Petroleum do Brasil Ltda. -Shell Brasil Petróleo Ltda -Roberto Breves Vianna	
Audiência Pública nº 33/2011	-Shell Brasil Petróleo Ltda -Roberto Breves Vianna -Petróleo Brasileiro S. A. -Geokinetics Geophysical do Brasil	
Audiência Pública nº 32/2011	Informação não disponível na internet	
Audiência Pública nº 31/2011	Informação não disponível na internet	Consta do site na internet tabela de sugestões da Audiência Pública nº 16/2011, realizada em 1/7/2011, sobre minutas anteriormente levadas a audiência pública.
Audiência Pública nº 30/2011	- CDC/ANP - Petrobras - FECOMBUSTÍVEIS - SINDICOM - ANP/SFI	Discrimina os participantes em cinco grupos (agente econômico, consumidor ou usuário, representante órgão de classe ou associação, representante de instituição governamental e representante de órgãos de defesa do consumidor).