



3º LUGAR - REGULAÇÃO ECONÔMICA

AUTORA: CAROLINA BARROS FIDALGO

RIO DE JANEIRO - RJ

**DÉFICIT DEMOCRÁTICO E LEGITIMAÇÃO DO MODELO
BRASILEIRO DE AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES
ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DOS
ADMINISTRADOS**

RESUMO O presente trabalho versa sobre o déficit de legitimidade democrática das Agências Reguladoras Independentes brasileiras, bem como sobre a participação dos administrados no processo decisório dessas entidades, mecanismo apontado pela doutrina e previsto no ordenamento jurídico brasileiro com vistas à supressão da aludida deficiência.

O objetivo do estudo é, em síntese, o estudo do tema da participação social nos procedimentos administrativos, abordando-se os seus principais benefícios, eventuais pontos negativos, necessidade de previsão em lei, dentre outros aspectos.

A metodologia empregada na monografia é descritiva de cunho meramente teórico. Neste sentido, utilizou-se basicamente o método de pesquisa bibliográfica.

A relevância da monografia decorre do fato de que a participação da sociedade na tomada de decisões das agências reguladoras possui um papel fundamental, legitimando o processo decisório, na medida em que permite a reunião de um maior número de informações e uma visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao seu objeto, garantindo, assim, melhores resultados, bem como a diminuição dos conflitos entre administração e administrados.

Por sua vez, o aperfeiçoamento das técnicas existentes de participação importará na maior eficiência na realização do interesse público; maior satisfação dos interesses privados; maior transparência das atividades administrativas; maior moralidade e imparcialidade das decisões administrativas; maior lastro de autoridade conferida às decisões; maior estabilidade; maior grau de segurança jurídica; diminuição dos

conflitos entre administração e administrados; e, conseqüentemente, maior legitimidade às decisões administrativas.

Palavras-Chave: Agências Reguladoras; Déficit Democrático; Participação; Audiência Pública; Consulta Pública.

**DÉFICIT DEMOCRÁTICO E LEGITIMAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE
AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE
MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS.**

1 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	3
2 A PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS NAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	13
2.1 Da necessidade de previsão legal dos procedimentos participativos	26
2.2 Doutrina do <i>Hard Look Review</i> : o ônus argumentativo imposto às Agências Reguladoras.....	35
2.3 O projeto de Lei nº 3.337/04.....	40
2.4. Problemas relacionados à participação dos interessados nos processos decisórios das agências reguladoras	43
2.4.1 <u>Dilação do tempo e aumento das despesas necessárias à elaboração de atos administrativos</u>	43
2.4.2 <u>Baixo grau de mobilização da sociedade e o fenômeno da captura</u>	46
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	60

DÉFICIT DEMOCRÁTICO E LEGITIMAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS.

1 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS:

O atual modelo brasileiro de agências reguladoras, construído com vistas a assegurar a autonomia dessas entidades, especialmente através da garantia da vedação da exoneração sem justa causa dos seus dirigentes pelo Chefe do Executivo – representante do povo, escolhido através das eleições –, possui um problema de déficit democrático.

Tal assertiva é fundamentada, por alguns, no princípio da soberania popular, consagrado no artigo 1º, § 1º, da Constituição da República, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou **através de seus representantes**. A vedação da exoneração sem justa causa dos dirigentes das agências reguladoras seria antidemocrática na medida em que produz o efeito de vincular o novo Chefe do Executivo às políticas públicas traçadas pelo anterior, dificultando, em tese, ou mesmo impedindo, a realização do seu programa de governo, votado e aprovado pelo povo através das eleições.

Adicionalmente, podemos citar as tensões com relação aos princípios da legalidade e da separação de poderes e, especialmente, uma outra razão, levantada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS: a violação ao artigo 84, II, da Constituição, o qual confere ao Presidente da República, em caráter privativo, com o auxílio dos ministros de Estado, o poder de direção superior da Administração Pública Federal.

Nesse contexto, existe uma discussão doutrinária quanto à origem e existência desse déficit democrático, com relação a ser o mesmo inerente ao modelo das agências reguladoras independentes e decorrente das razões acima apontadas ou a ser tal deficiência originária de uma crise democrática do Estado como um todo, que lhe atinge por reflexo. Há, inclusive, autores que defendem que tal deficiência não existe a princípio.

Existem basicamente quatro posições doutrinárias sobre o assunto, a saber: (i) uma no sentido de ser tal deficiência decorrente da vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes pelo Chefe do Executivo; (ii) outra no sentido de ser o aludido déficit reflexo ao déficit que assola a Administração Pública como um todo, em virtude da crise da legalidade; (iii) uma terceira que entende que o citado déficit é oriundo do somatório das duas primeiras; e, por fim, (iv) a quarta, que defende ser o déficit em questão originário da ausência de previsão constitucional do poder normativo das agências reguladoras.

Entre os defensores da primeira teoria, podemos citar Egon Bockman Moreira. Para o autor, existe um “mal-estar democrático” decorrente exclusivamente da criação das agências reguladoras¹. Tanto é assim que, ao tratar dos mecanismos hábeis a conferir-lhes legitimidade, Egon Bockman já parte do pressuposto de que existe “um efetivo e concreto déficit democrático nas agências reguladoras”², uma vez que seria improvável que existam outras razões a justificar a criação de alguns mecanismos “paliativos”, tais como a processualização da elaboração normativa e a

¹ MOREIRA, Egon Bockman. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 222.

² MOREIRA, Egon Bockman. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”, p. 221.

implementação das consultas e audiências, senão a “pretensão de atenuar tal desequilíbrio”³.

Na mesma linha, pode-se citar Sergio André da Silva, autor que entende haver “déficits originários de legitimidade” decorrentes do fato de que as referidas entidades possuem significativo poder normativo, sem que os seus dirigentes sejam investidos através da via eleitoral⁴.

Pode-se apontar, ainda, Paulo Mattos, que questiona a legitimidade e democracia da “decisão sobre o conteúdo da regulação por um órgão colegiado não eleito e independente da Administração Direta, em contraposição à decisão monocrática de um Ministro de Estado nomeado pelo Presidente da República, este sim eleito pelo voto popular”⁵.

Esse entendimento não é unitário na doutrina brasileira. Na verdade, há, inclusive, autores que entendem que, longe de possuírem um déficit democrático intrínseco à sua criação, as agências reguladoras seriam verdadeiros meios de legitimação da atuação da Administração Pública em geral, esta sim, objeto de um déficit democrático oriundo da crise da legalidade⁶.

Marçal Justen Filho⁷, por exemplo, partindo da premissa de que um sistema democrático não pressupõe a idéia de que toda decisão deva ser necessariamente

³ MOREIRA, Egon Bockman. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”, p. 222. Em outra ocasião, o autor deu a entender que não foi objeto do seu estudo a origem do aludido déficit, tendo tomado a existência deste como um pressuposto para estudar sobre a legitimação das decisões administrativas através do procedimento. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 1, jan./mar. 2003, p. 167.

⁴ SILVA, Sergio André R. G. da Silva. A Legitimidade das Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 235, jan./mar. 2004, p. 305.

⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências Reguladoras e Democracia: participação pública e desenvolvimento. In SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 187.

⁶ Sobre o tema, ver BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 276, 278 e 300.

tomada pela vontade da maioria e, ainda, que tal sistema não se limita apenas ao princípio da eletividade, podendo ser a legitimação democrática produzida por outras vias⁸, entende não haver uma resposta absoluta para a existência do déficit democrático das Agências, mas que, por outro lado, a regulação por entidades independentes pode prestar-se a conferir legitimidade à organização política brasileira como um todo.

Além disso, segundo o autor, não se pode afirmar a legitimidade de um determinado governo simplesmente por ter sido o mesmo investido mediante sufrágio universal. Há uma diferenciação importante entre legitimação pelo título e legitimação pelo exercício do poder, as quais devem ser necessariamente congregadas para que seja verificado um governo democrático. Assim é que não basta a mera observância do princípio da eleição pelo povo, sendo necessário também que sejam respeitados os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição⁹.

Sob esse prisma, a criação das agências independentes pode ser vislumbrada como um instrumento de ampliação da legitimação democrática do sistema de governo em vigor. Isso porque se constatou que a regulamentação e execução de certas matérias pelos órgãos investidos através da via eleitoral consistiam em um risco muito grande para determinados valores fundamentais.

O receio de desagradar ao eleitorado e, assim, reduzir as chances de uma reeleição, faz com que determinadas decisões sejam descartadas, muito embora necessárias e adequadas do ponto de vista técnico. Dessa forma, a própria

⁸ Patrícia BAPTISTA também defende que “a noção de democratização da Administração Pública não está associada à representatividade, pelo menos não em seus moldes tradicionais, isto é, através da via eleitoral”. Nesse sentido, a autora cita o acesso a cargos públicos por concurso, a participação através de associações não-governamentais, o desenvolvimento de novas instâncias de regulação, como exemplos dessas novas formas de democratização da atuação da administração pública. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 56.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?*, pp. 279/280.

organização estatal democrática impõe a criação de cargos não preenchidos através das eleições. É o que a doutrina chama de teoria dos poderes neutrais, que prega a necessidade da existência de entes estatais que não se enquadrem exatamente em quaisquer dos três poderes tradicionais, com vistas a garantir a realização da democracia e assegurar o pluralismo de interesses na sociedade, através do exercício imparcial de suas funções com relação às questões políticas¹⁰.

Os poderes neutrais já foram, inclusive, definidos como anticorpos contra os órgãos políticos, ao atuarem através da substituição da decisão de cunho político-partidário por decisões de natureza técnica¹¹. Poder-se-ia, nesse sentido, sustentar que a criação de agências reguladoras significa a ampliação do sistema de freios e contrapesos que tradicionalmente rege as relações entre os Três Poderes¹².

De acordo com essa teoria, não há que se falar em um déficit democrático inerente ao modelo das agências reguladoras, mas apenas em um déficit externo, do sistema político como um todo. A deficiência das agências, portanto, seria apenas reflexa. Nesse contexto, as referidas entidades independentes podem servir tanto para suprimir essa deficiência como para agravar a situação¹³. Conforme expõe Marçal Justen Filho, a sua legitimidade democrática dependerá da sua habilidade de minorar essa deficiência do sistema como um todo:

“Há um déficit democrático no sistema que é externo à agência, à regulação. O órgão de regulação surge, precisamente, como um meio de combate a essa deficiência

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, pp. 441/442.

¹¹ MANETTI, Michela. *Poteri Neutrali e Costituzione*, Ed. Giuffrè e Departamento de Teoria do Estado da Universidade de Roma, Milão, 1994, p. 03. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 444.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?*, p. 280.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?*, p. 281.

democrática consistente na incapacidade dos mecanismos comuns de governo gerarem uma manifestação de vontade que seja reportável à vontade do povo ou aos valores fundamentais. Portanto, este déficit externo que é descrito por todos os constitucionalistas como referido à crise da repartição de poderes, à crise da legalidade, à crise do parlamento etc., este déficit externo gera, sob um certo ângulo, a necessidade de uma reorganização da separação de poderes, de novos instrumentos e, dentro dessa concepção, a regulação independente por órgãos autônomos, relativamente autônomos, poderia ser uma via satisfatória”¹⁴.

A respeito da investidura dos dirigentes das Agências Reguladoras, o autor defende que mesmo em um sistema democrático deve admitir-se a investidura por razões de mérito, pois há determinadas funções que devem ser exercidas de forma neutra, desvinculada das oscilações do plano político-partidário¹⁵. Na verdade, seria até mesmo antidemocrático que todos os cargos e funções públicas fossem providos através de eleições¹⁶. Daí se pode concluir que a ausência de eleição para os membros dirigentes das agências reguladoras é “irrelevante para o reconhecimento de algum *déficit* democrático”¹⁷.

Aliás, não são apenas os dirigentes das agências que são escolhidos sem a manifestação direta da vontade popular. Assim também ocorre com os membros do

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 1, jan./mar. 2003, p. 165.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um *Déficit* Democrático na “Regulação Independente”?, p. 279. De acordo com o autor, “Não há déficit democrático na instituição estatal constituída sem participação direta do povo quando a função consista precisamente em neutralizar a influência da maioria da população e assegurar a realização de valores e princípios fundamentais”. Idem, p. 279.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia..., p. 279.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia..., p. 283.

Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas¹⁸. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, muito embora tenham competência para declarar a inconstitucionalidade de atos emanados de representantes do povo, são escolhidos através de um processo em que prevalecem o conhecimento e a experiência. O mesmo se diga com relação ao Ministério Público, que exerce as suas funções em representação da sociedade, inclusive ajuizando ações civis públicas que interessam a pessoas que às vezes sequer cogitam da sua existência. Longe de significar a anti-democraticidade da sua atuação, a idéia de não vinculação do processo de escolha de seus dirigentes à via eleitoral assegura a sua autonomia, sendo, na verdade, uma exigência da democracia¹⁹.

No mesmo sentido, podemos citar Celso Fernandes Campilongo. Para o autor, “não há nas agências independentes nada que seja, intrinsecamente ou pela natureza das agências, antidemocrático”²⁰. O autor complementa que tais entidades governamentais têm um potencial democrático, já que, com base nas competências que lhes são outorgadas por Lei, podem atuar como espaços de discussão, nos quais sejam criadas alternativas normativas não cogitadas pelo Legislativo, através da participação da sociedade na escolha da melhor entre elas, em matérias que configuravam “gargalos do processo de decisão política”²¹.

Ronaldo Porto Macedo Júnior também não antevê um déficit democrático intrínseco ao modelo brasileiro de agências reguladoras, decorrente da não eletividade via sufrágio universal de seus dirigentes, entendendo que o grau democrático de tais entidades possui relação com as formas de controle às quais são as mesmas submetidas, bem como com a eficiência com a qual exercem as

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia...*, p. 283.

¹⁹ Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?, p. 165.

²⁰ Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?, p. 175.

²¹ Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?, p. 176.

suas competências²². De acordo com esse entendimento, se existir um controle eficaz sobre as atividades das agências e se, adicionalmente, for verificada a eficiência da mesma na consecução de suas competências e persecução de seus objetivos, poder-se-á afirmar que tais entidades funcionam de maneira democrática. O autor cita também a questão da participação dos usuários como forma adicional de democratização das agências reguladoras²³.

Alexandre Santos de Aragão encontra-se em uma posição intermediária, entendendo que a “administrativização do Direito Público” seria a razão geral e a “estabilidade temporária” dos dirigentes das Agências Reguladoras a razão específica para a configuração do seu déficit democrático²⁴. Daí se pode concluir que o problema apontado seria em parte inerente às autarquias independentes, em virtude da vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, e em parte derivada da crise democrática da Administração Pública como um todo. Nesse contexto, a teoria dos poderes neutrais e da transferência democrática serviriam como argumentos acessórios para a solução do problema, mas dependentes da implementação de outros instrumentos de legitimação, tais como as audiências e consultas públicas.

Gustavo Binenbojm também parece incluir-se nesse grupo intermediário, defendendo existir um déficit histórico da Administração Pública, o qual foi agravado com a crise da legalidade e, posteriormente, com a introdução do modelo das Agências Reguladoras.

“Historicamente, o problema da legitimidade da Administração Pública sempre foi *reconduzido* aos mecanismos de

²² Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?, p. 180.

²³ Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras?, p. 181.

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 433.

legitimação dos Poderes Legislativos e Executivo. Em relação ao Legislativo, invocava-se a lei (produto da vontade geral, ou ao menos, da vontade dos agentes eleitos) como fonte da autoridade da Administração. Em relação ao Executivo, remetia-se a condução dos negócios administrativos diretamente ao Presidente ou Primeiro-Ministro, escolhidos, de forma imediata ou não, pelo voto popular. É fácil entender por que ambos os argumentos são insatisfatórios. De um lado, a lei é, em geral, um quadro ou uma simples moldura da atuação administrativa. Somente por ignorância ou cinismo alguém poderá negar o (maior ou menor) *conteúdo volitivo* das decisões administrativas, ainda que tomadas dentro dos limites legais. De outra parte, não há como considerar *toda* a atividade administrativa um produto da vontade do Chefe do Executivo. O cotidiano da Administração demonstra que é enorme o grau de pulverização das decisões, sendo a maioria delas tomadas por burocratas profissionais. Tal situação – de déficit de legitimidade – se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes. É que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração, que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político. Ademais, a não inclusão das agências na linha hierárquica direta do Chefe do Poder Executivo esvazia por completo o segundo argumento, já que

a legitimidade decorrente da investidura popular deste não se transfere a reguladores autônomos”²⁵.

Por fim, há ainda que se citar a posição de Maria Sylvia Di Pietro. Para a autora, existem duas formas possíveis de legitimação dos atos normativos editados pelas agências reguladoras. Uma é a previsão, pela Constituição, da possibilidade de delegação normativa para entidades da Administração Pública. Essa primeira não poderia ser utilizada para legitimar a criação de normas pelas agências brasileiras na medida em que tal competência não se encontra, de acordo com a autora, prevista na nossa Constituição Federal, a qual “definiu as competências normativas de forma exaustiva, sem deixar espaço para outras entidades não expressamente referidas”²⁶. Daí se pode inferir que o *déficit* dos atos normativos editados pelas Agências, de acordo com a autora, seria oriundo da ausência de previsão constitucional nesse sentido. E não havendo competência para edição de atos normativos, esse poder das Agências Reguladoras careceria de legitimidade, restando à Administração Pública, tão-somente, cumprir fielmente os ditames da lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal e o da legalidade.

No entanto, a autora admite que tal entendimento é conflituoso com o fato de existir, na prática, uma necessidade reconhecida de se conferir poderes normativos aos órgãos da Administração Pública, em virtude dos fatores apontados no item anterior desse trabalho. Nesse contexto, menciona a participação dos administrados como forma de conferir às normas editadas pelas agências a legitimidade de que carecem²⁷. Isso porque as normas editadas com a participação dos administrados se enquadrariam em um novo rol de direitos, resultantes de negociação e consenso, o

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo...*, p. 289.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade, p. 51.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade, p. 55.

que parece ser suficiente para o suprimento da ausência de legitimidade mencionada.

Enfim, muito embora se verifique que há uma divergência doutrinária quanto à existência de um déficit democrático inerente às agências, percebe-se que há também um consenso quanto à necessidade de imposição de controles, bem como a viabilização da participação popular em suas decisões para que a sua atuação possa ser considerada democraticamente legítima. É este último mecanismo que analisaremos no presente trabalho.

2 A PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS NAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Uma forma de legitimação da atuação das agências reguladoras brasileiras é a criação de mecanismos de participação dos administrados no processo de elaboração das decisões que possam afetar os seus interesses.

A Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, prevê mecanismos de viabilização da participação popular na Administração Pública, bem como nos Poderes do Estado em geral. De acordo com Antonio Cabral, a instituição desses mecanismos é reflexo da “transposição do modelo tradicional da democracia representativa para o paradigma da democracia participativa e deliberativa”, até mesmo em virtude da crise da legalidade já apontada no presente trabalho, que “impôs ao direito público a criação e desenvolvimento de instrumentos que permitissem incrementar a participação do indivíduo nos processos de tomada de decisão estatal”²⁸.

²⁸ CABRAL, Antonio. Os Efeitos Processuais da Audiência Pública. *Revista de Direito do Estado*, nº 2, abr.-jun., 2006, p. 199. De acordo com o autor: “no Estado Democrático de Direito, não basta a

O artigo 10 da Carta Maior, por exemplo, assegura a participação tanto dos trabalhadores como dos empregadores nos colegiados dos órgãos públicos, sempre que estejam em pauta para discussão e deliberação seus interesses profissionais ou previdenciários. Outro exemplo encontra-se no artigo 29, inciso XII, da Constituição, que ao tratar das normas básicas de organização dos Municípios, prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Pode-se citar, ainda, os artigos 198, III, 204, II, e 227, §1º, que prevêm a participação da comunidade na organização das ações e serviços públicos da área da saúde e das ações governamentais na área de assistência social. Na mesma esteira, o artigo 216, § 1º, assegura a participação da comunidade na proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro.

No âmbito do Poder Legislativo, a participação é assegurada através da figura do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular e, ainda, pela realização das audiências públicas previstas no artigo 58, § 2º, II, da Constituição²⁹. Na esfera do Poder Judiciário, existem as ações populares e as ações coletivas, tal como a ação

observância da legalidade. Deve haver um constante e diário retorno à vontade popular, permitindo-se, com diversos mecanismos de consulta pública, que o verdadeiro titular do poder estatal oxigene, democrática e pluralisticamente, a atividade de seus representantes". Idem, p. 200. Para uma análise mais aprofundada do tema, vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. Cumpre salientar que, já na década de 1970, Norberto BOBBIO chamava a atenção para o fato de que "a exigência (...) de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta". *Futuro da Democracia...*, p. 41. Democracia direta definida pelo autor como sendo aquela na qual "o indivíduo participa ele mesmo nas deliberações que lhe dizem respeito". Idem, p. 51. Nesse sentido, o autor explica que o desenvolvimento da democracia em determinado país não se mede mais pelo aumento do número de seus eleitores, mas sim do número de espaços no qual os cidadãos podem participar, defendendo os seus interesses, ou seja, "para dar um juízo sobre o estado da democratização num dado país o critério não deve mais ser o de 'quem' vota, mas o do 'onde' se vota (e fique claro que aqui entendo o 'votar' como ato típico e mais comum do participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação ao voto)". Idem. P. 56. Fica clara, portanto, a importância dos procedimentos participativos na ampliação do grau de democracia de determinado país.

²⁹ "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil".

civil pública, e, ainda, a figura do *amicus curiae* no âmbito das ações de declaração de inconstitucionalidade.

O princípio participativo, que impõe a criação de mecanismos de participação social no âmbito legislativo, judicial e, especialmente, no administrativo, pode ser extraído, também, do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, previsto no preâmbulo da Constituição da República e reafirmado em seu artigo 1º.

Por um lado, o princípio democrático impõe uma racionalização da ação estatal, que pode ser maximizada através da obtenção mais completa de informações e respeito aos princípios da imparcialidade e da transparência. Conforme salientado por Norberto Bobbio, o termo “democracia”, muito embora admita diversas definições, não pode deixar de abranger mecanismos de “visibilidade ou transparência do poder”³⁰, como é o caso dos mecanismos de participação. Por outro, o princípio do Estado de Direito determina que o particular tenha a possibilidade de defender os seus interesses. Adicionalmente, o princípio da participação também decorre do princípio do Estado Social, que impõe a realização dos meios necessários à promoção da integração social na busca do bem comum³¹.

Não obstante todo o arcabouço constitucional que, desde 1988, apontava para uma aceitação do princípio participativo, o direito de participação na administração pública direta e indireta só veio a ser expressamente contemplado na Constituição da República por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, através da inclusão do §3º ao artigo 37 da Carta Maior, que assim dispõe:

“Art. 37. § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

³⁰ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia...*, p. 10.

³¹ DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, p. 166.

- I – 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;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

Além de ser um instrumento da democracia deliberativa, este dispositivo é reflexo da transformação pela qual a Administração Pública como um todo vem passando nos últimos anos, caracterizada pela superação do modelo burocrático e pelo abandono do modelo de tomada de decisões única e absolutamente unilateral para se adotar um modelo que considera os interesses privados³². Ao longo dos anos, o autoritarismo do Poder Executivo vem desaparecendo para dar lugar, paulatinamente, aos meios de colaboração nas decisões administrativas.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1998 determinou uma releitura da estrutura da Administração Pública e, principalmente, do seu papel fundamental, tendo erigido à condição de bem jurídico fundamental a ser promovido e respeitado a dignidade da pessoa humana³³.

³² Nas palavras de Gustavo BINENBOJM, “Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pelas idéias de parcialidade e desigualdade [com base em institutos como o da supremacia dos interesses ‘aleadamente’ públicos, das prerrogativas jurídicas da Administração, da discricionariedade, entre outros], sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de *vertente garantística*, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos”. *Uma Teoria do Direito Administrativo...*, p. 18.

³³ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 130.

As agências reguladoras independentes possuem um grande potencial de concretização de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, e do princípio democrático, na medida em que podem atuar na defesa, proteção e promoção daqueles direitos, na qualidade de entidades intermediárias e isentas com relação ao governo e grupos de pressão. Assim é que independentemente da discussão acerca do déficit democrático das referidas entidades administrativas, fato é que elas se distinguem pela proximidade da sua atuação para com a sociedade, o que permite que o princípio da participação tenha a sua plena aplicação, principalmente, “pela criação de uma **conexão administrativa imediata** e despolitizada, às vezes bastante iterativa, entre a **agência** e o **administrado interessado**”³⁴.

É sob esta perspectiva que as agências reguladoras, em virtude de características como o seu dinamismo, flexibilidade, independência, especialização técnica e possibilidade do recurso a soluções consensuais, devem ser valorizadas como importantes instrumentos de intercomunicação do sistema jurídico com a sociedade³⁵.

A participação se insere em um contexto de transformação dos paradigmas da democracia, bem como da atuação da Administração Pública. Ela surge em um movimento de procedimentalização da ação estatal, como sendo mais uma das etapas necessárias à construção do juízo do Administrador e, por conseguinte, à prolação da decisão. Sobre a importância dos procedimentos na prolação das

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Consideraciones sobre la Participación en el Derecho Comparado Brasil-España. *Revista da Administración Pública*, vol. 152, mai/ago 2000, p. 79, grifado pelo autor.

³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes. Uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/dialogo-juridico-13-abril-maio-2002-alexandre-santos-aragao.pdf> Acesso em 29 abr. 06.

decisões em geral, sejam judiciais ou administrativas, confira-se os ensinamentos do Professor da Universidade de Oxford, Denis J. Galligan:

“Sem procedimentos, a lei e as instituições legais falhariam nos seus propósitos. E desde que a lei é tanto necessária quanto desejável no processo de busca dos objetivos sociais, procedimentos são também necessários e precisam ser vistos como parceiros neste empreendimento. (...) O relacionamento entre procedimentos e resultados é mais complexo que um simples instrumental. Isso porque os procedimentos servem a outros fins e valores além dos resultados, dizem respeito à questão da justiça (*fairness*). (...) Longe de serem processos mecânicos que, se seguidos fielmente, levarão a certos resultados, as decisões legais são direcionadas a certos fins sociais, e exigem o exercício da razão e julgamento sobre quais são aqueles fins e quais as melhores maneiras de alcançá-los. (...) A definição e identificação dos propósitos é, por si só, uma tarefa de interpretação e julgamento dos parâmetros legais (*standards*), a ser efetuado em um contexto de valores sociais e culturais. Nem todos os pontos de vista carregam o mesmo peso, mas cada um deles pode ter a sua influência em determinar os propósitos e designar os procedimentos. (...) Não obstante as decisões legais e os processos sejam finalísticos (*purposive*), processos são menos parecidos com passos que levam inexoravelmente a um

resultado, e mais com sinais indicando a direção a tomar a as questões a considerar”³⁶.

Essa importância conferida aos procedimentos advém, em síntese, da constatação de que é impossível definir um ideal universal de justiça que possa pautar todas as escolhas da Administração Pública³⁷. Os procedimentos passam a ser vistos, portanto, como forma de legitimação da atuação estatal, pois prevêm etapas a serem seguidas, de forma a racionalizar a decisão, bem como conferir garantias aos administrados, tais como o direito de defesa, gerando confiança no sistema e aumentando o consenso social sobre a decisão final.

Ao contrário dos controles exercidos pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Judiciário, que buscam verificar a legitimidade das ações da Administração Pública em função da ordem jurídica material, parece-nos que a participação administrativa traduz também, em parte, uma idéia de legitimação sociológica das ações da Administração Pública, que busca uma maior aceitação da ação administrativa através da participação dos administrados no procedimento da sua elaboração³⁸. Na falta de uma recondução aos entes públicos escolhidos através de eleições, buscase uma outra forma de tornar legítimas as ações administrativas. Isto inclui a implementação de mecanismos que aumentem o grau de aceitação das decisões administrativas³⁹.

David Duarte⁴⁰ chama esse fenômeno de função compensatória da participação, que visa a compensar os interesses supostamente antagônicos

³⁶ GALLIGAN, Denis. *Due Process and Fair Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 5/6.

³⁷ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras...*, p. 181.

³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 277.

³⁹ De acordo com Denis GALLIGAN, “Os procedimentos ainda são os meios instrumentais para os fins, mas a confiança nos fins depende da confiança nos procedimentos”. Isso porque “a confiança é ganha não só por se saber que o resultado é o correto ou o melhor dentre as circunstâncias, ela é ganha em grande parte através do exame dos procedimentos que levaram a ela”. *Due Process and Fair Procedures*, p. 66.

⁴⁰ DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, p. 112.

envolvidos na elaboração das decisões. Denis Galligan sintetiza essa realidade, comentando que “os procedimentos ainda são instrumentos para um resultado, mas a confiança no resultado está relacionada à confiança no procedimento”⁴¹. É o que o autor chama de “psicologia da participação”⁴².

Mas isso não é tudo. Muito embora aceitemos que haja, de fato, uma possível legitimação pelo aspecto da maior aceitabilidade das decisões pela sociedade e pela criação de espaços de deliberação pluralista, parece-nos que esta não é a única função da participação administrativa, nem basta para resolver o problema da legitimidade⁴³ - uma vez que haverá casos em que as decisões não serão toleráveis, muito embora oriundas de um procedimento público.

A participação também possui a finalidade de tornar mais efetiva, motivada, transparente e acertada a ação administrativa e até mesmo de permitir uma maior proteção dos direitos afetados, através da observância do devido processo legal. E uma decisão mais eficiente, motivada, transparente, correta e justa não é mais legítima em virtude da implementação da participação administrativa no procedimento da sua elaboração – até porque a sua implementação, apenas, pode não surtir os efeitos desejados, como se verá –, mas simplesmente por ser mais eficiente, motivada, transparente e democrática, fatores estes legitimadores por si só⁴⁴. Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, decisões com esses atributos também são legítimas por atenderem aos princípios constitucionais como o da efetividade, moralidade, economicidade, eficiência e devido processo legal.

⁴¹ Tradução livre: “procedures are still instrumental to outcomes, but confidence in the outcome is engendered by confidence in the procedures”. GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures*, p. 66.

⁴² GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures*, p. 158. De acordo com o autor, “existem evidências empíricas que demonstram que ser ouvido e considerar genuinamente a visão de alguém são fontes de satisfação para as partes e um fator de justiça nas suas percepções” (p. 159).

⁴³ Sérgio BRUNA ressalta que “a perspectiva sociológica não necessariamente resolve a questão do fundamento ético do poder. Move, apenas, o problema da legitimidade para o campo fático, sem um vínculo necessário com a moral”. *Agências Reguladoras...*, p. 182.

⁴⁴ BRUNA, Sérgio. *Agências Reguladoras...*, pp. 189/190.

Assim é que, como ressaltado por Sérgio Varela Bruna, também é possível avaliar os procedimentos participativos, não por seus aspectos sociológicos, mas a partir de uma perspectiva axiológica, segundo a qual “a instituição de procedimentos pode ser uma forma, ainda que indireta, de realização do ideal de justiça e preservação da dignidade da pessoa humana”⁴⁵, de forma semelhante ao que se dá no âmbito do direito processual. O princípio do devido processo legal impõe, com efeito, que os processos garantam a igualdade das partes, a imparcialidade e independência do órgão julgador, a publicidade e transparências das decisões, direito à prova e ao contraditório, dentre outros.

Quanto ao papel dos procedimentos na maximização do princípio da dignidade da pessoa humana, que abrange o direito a ser ouvido (*right to be heard*), Denis Galligan expõe:

“Escrevendo sobre justiça procedimental, nós sempre nos deparamos com a idéia de que o princípio guia na designação e avaliação dos procedimentos é a dignidade da pessoa. (...) Procedimentos justos são meios para o tratamento justo e o tratamento justo só é importante porque cada pessoa é reconhecida como sendo um agente moral que tem direito a ser tratado com dignidade e respeito”⁴⁶.

E o Professor de Oxford conclui:

“(...) a participação é vista como servindo a valores independentemente dos resultados, e o valor comumente invocado é a dignidade da pessoa e o respeito que lhe é devido. O argumento é de que enquanto a participação pode

⁴⁵ BRUNA, Sérgio Varela. *Agências Reguladoras...*, p. 189.

⁴⁶ GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures*, p. 75.

ser útil instrumentalmente na elaboração da decisão correta, ela tem valor independentemente dos resultados; o fato de que ela pode ainda acrescentar aos resultados é um bônus, mas não é parte da justificação”⁴⁷.

Em outras palavras, a participação pode acrescentar legitimidade à atuação administrativa através do atendimento de certos valores considerados importantes pelo ordenamento jurídico, influenciando sobre a racionalidade, efetividade, moralidade, etc, da regulação, através da intensificação do princípio do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana - o aspecto axiológico.

Adicionalmente, a participação do setor regulado na tomada de decisão da agência possui o papel potencial de permitir o aperfeiçoamento dos processos decisórios da Administração, através da reunião de um maior número de informações e visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao objeto da decisão⁴⁸. A participação, nesse sentido, permite um amplo intercâmbio de informações. Através do processo participativo, a Administração pode melhor identificar as necessidades coletivas e, a partir daí, fixar as prioridades da sua atuação.

É importante que os indivíduos interessados tenham a oportunidade de ser ouvidos, de contar o seu lado da história, de apresentar provas e argumentos. A participação dos interessados contribui para uma compreensão mais acurada dos fatos e para uma melhor aplicação da lei. Participar é trazer subsídios para a

⁴⁷ GALLIGAN, Denis. *Due Process and Fair Procedures*, p. 132..

⁴⁸ Esse papel da participação do administrado apresenta, conforme se demonstrará ao longo dessa monografia, importância fundamental para o exercício das competências discricionárias da Administração Pública, uma vez que esse consiste, em síntese, na escolha, dentre as formas permitidas pela Lei, da mais adequada ao caso concreto. Ora, que mecanismo melhor do que a participação dos administrados para a apreensão, pela Administração Pública, da solução mais adequada ao caso concreto?

ponderação a ser realizada pela Administração no processo. Como nota Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

"(...) a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública"⁴⁹.

Os procedimentos participativos também são importantes como fontes de informação para o controle judicial, uma vez que permitem ao julgador melhor avaliar a razoabilidade e proporcionalidade da decisão, através da análise das opções que se encontravam à disposição do regulador, bem como as opiniões e críticas formuladas pela sociedade⁵⁰. Conforme aduz Sérgio Bruna, os procedimentos participativos permitem que “o Judiciário avalie se o órgão administrativo *dispensou a devida atenção* aos temas-chave envolvidos na matéria, de forma a adotar uma decisão plenamente informada e que possa ser justificada pelas razões invocadas, na esteira do que ocorre nos Estados Unidos no bojo da *hard look review doctrine*”⁵¹.

Também vislumbrando esse benefício da participação procedimental, Gustavo Binenbojm esclarece que, com base nas contribuições prestadas nas

⁴⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Ed. Almedina, 1996, p. 402.

⁵⁰ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras...*, p. 271.

⁵¹ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras...*, p. 271

audiências e consultas públicas, o Judiciário pode avaliar “se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência orientou-se para a solução mais adequada”⁵².

Assim, a participação dos interessados no procedimento administrativo de elaboração de atos normativos é hábil a produzir quatro ordens de benefícios: (i) a compensação do déficit democrático; (ii) a ampliação das fontes de subsídios para a tomada de decisões, o que permite que estas sejam mais eficientes, morais, imparciais, transparentes, econômicas, dentre outros aspectos; (iii) a ampliação da aceitabilidade da decisão administrativa e, por conseguinte, a diminuição os conflitos entre a Administração e o administrado, pois busca a adoção de uma decisão baseada na consensualidade; e (iv) a potencialização do controle exercido pelo Poder Judiciário⁵³. Marcos Juruena Villela Souto, nesse particular, resume o princípio da participação como sendo o “instrumento de atendimento dos princípios republicano, democrático, do devido processo legal, da eficiência, da legitimidade e da publicidade”⁵⁴.

Cumprе ressaltar, todavia, que mesmo que, porventura, esses benefícios não se verifiquem em determinados casos, o seu mero potencial já justifica a implementação de mecanismos de participação⁵⁵, conforme nota o Professor de Oxford, Denis Galligan:

⁵² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo...* p. 291.

⁵³ Odete MEDAUAR entende que o procedimento administrativo – e no seu âmbito podemos citar a participação administrativa – pode surtir os seguintes benefícios: (i) garantia; (ii) melhor conteúdo das decisões; (iii) legitimação do poder; (iv) correto desempenho da função administrativa; (v) justiça na Administração; (vi) aproximação entre administrados e Administração; (vii) sistematização das ações administrativas; e (viii) facilitação dos controles exercidos sobre a Administração. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2002, pp. 201-203.

⁵⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. *RDPE*, ano I, n. 4, out.-dez. 2003, p. 147.

⁵⁵ GALLIGAN, Denis. *Due Process and Fair Procedures*, p. 68.

“(...) a participação contribui para uma busca mais acurada dos fatos e uma melhor aplicação da lei. Poucos desafiariam essa assertiva, mas quando examinada mais de perto, [a participação] é cheia de incertezas: até onde a participação melhora o resultado; isso depende do problema em questão; poderia a informação ser obtida de uma forma melhor através de outras fontes? Mas como nós não temos a resposta a essas perguntas, é melhor ser cauteloso na designação dos procedimentos; a participação pode acrescentar ao resultado, e como nada é perdido (além do aumento dos custos marginais) mesmo que não acresça, então a presunção em favor da participação é persuasiva”⁵⁶.

Existem, contudo, algumas condições acessórias que devem ser observadas para que a participação administrativa surta os efeitos desejados, no sentido de permitir uma aproximação entre a Administração e o particular. São elas: (i) a divulgação do procedimento com uma antecedência razoável; (ii) a possibilidade de o administrado fornecer material para a instrução do procedimento; e (iii) o direito à informação, fundado no princípio da transparência, e garantia do acesso à documentação referente ao procedimento (“princípio do arquivo aberto”) ⁵⁷.

Com vistas a conferir a maior publicidade e transparência aos processos de elaboração de atos normativos das agências norte americanas, o *Administrative Procedural Act* norte-americano exige, por exemplo, que seja publicado no Diário Oficial (*Federal Register*) o edital da proposta de regulamento. O referido ato impõe uma série de requisitos a esse edital, prevendo que este deverá conter: (i) a

⁵⁶ GALLIGAN, Denis. *Due Process and Fair Procedures*, p. 68.

⁵⁷ DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, pp. 148/157.

informação sobre a data, o lugar e a modalidade de procedimento participativo que a agência pretende realizar; (ii) o dispositivo legal que confere à agência a competência para regulamentar o assunto; (iii) o texto da norma a ser discutida ou a enumeração dos problemas e temas envolvidos⁵⁸. Também é comum que as agências norte-americanas identifiquem, no referido edital, algumas alternativas normativas à regulamentação pretendida, que estão ainda sendo estudadas, bem como as questões que considerem relevantes para a solução do caso, dentre outras informações⁵⁹.

A participação administrativa, como visto, traz uma série de benefícios à atuação da Administração Pública e à sociedade como um todo, tanto no que tange à compensação do déficit de legitimidade, quanto no que diz respeito à correção da decisão. Cumpre-nos, agora, passar a tratar das formas de participação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, eventuais pontos negativos e a necessidade de previsão legal.

2.1 Da (des)necessidade de previsão legal dos procedimentos participativos:

Conquanto sejam evidentes os benefícios potenciais da implementação de procedimentos participativos, bem como o seu caráter instrumental na concretização de alguns dos princípios e valores mais caros do nosso ordenamento jurídico, fato é que existe ainda controvérsia sobre a obrigatoriedade da observância do princípio da participação nos processos de elaboração de normas das Agências Reguladoras. Com efeito, tal instrumento ainda é muito pouco utilizado pela Administração.

⁵⁸ BRUNA, Sérgio Varela. *Agências Reguladoras...*, p. 206.

⁵⁹ BRUNA, Sérgio Varela. *Agências Reguladoras...*, p. 206.

Com exceção de algumas leis que determinam a obrigatoriedade da realização de consultas e audiências públicas e outras formas de participação, notadamente no âmbito federal, muitas leis de criação das agências reguladoras as prevêm em caráter meramente facultativo⁶⁰.

A previsão genérica para a realização de procedimentos participativos encontra-se no artigo 31 da Lei do Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/99:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Como se vê, a Lei do Processo Administrativo Federal prevê apenas uma faculdade de a entidade competente realizar tais mecanismos de procedimento participativo.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, p. 43. Tal assertiva considera todas as agências brasileiras, inclusive as municipais e estaduais.

A lei de criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – Lei nº 9.782/99, por sua vez, sequer trata da realização de consultas ou audiências públicas. É o Decreto nº 3.029/99, que aprova o seu Regulamento, que prevê a **faculdade** de a Agência realizar tais modalidades de participação no âmbito dos processos decisórios que implicarem a afetação de direitos sociais do setor de saúde ou dos consumidores (art. 32).

Da mesma forma, a lei de criação da Agência Nacional de Águas - ANA (Lei 9984/00) também não prevê a realização de procedimentos participativos. É o artigo 64 do seu Regimento Interno (Resolução ANA nº 173/2006) que prevê a possibilidade da instituição de audiências públicas previamente aos procedimentos decisórios.

Um das agências reguladoras que são obrigadas por previsão expressa de lei à implementação da participação popular é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. A Lei nº 9.427/97 prevê em seu artigo 4º, § 3º, que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, **será** precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. O artigo 21 do Decreto nº 2.335/97, que regulamenta a referida lei, traça os objetivos da realização da audiência pública: (i) recolher subsídios e informações; (ii) permitir o encaminhamento de pleitos, opiniões e sugestões dos agentes econômicos; (iii) identificar todos os aspectos relevantes para a matéria objeto da audiência; e (iv) tornar pública a ação reguladora da ANEEL.

A Lei instituidora da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, a Lei Federal nº 10233/01, também determina, em seu artigo 68, que “as iniciativas de projetos de lei,

alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiências públicas”, o que parece refletir uma obrigatoriedade da realização das audiências.

Na mesma linha, a lei de criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (Lei nº 9478/97) prevê, através do seu artigo 19, a natureza obrigatória da realização de audiência pública previamente à edição de normas administrativas ou de projetos de lei que implicarem a afetação de direitos dos agentes econômicos ou dos consumidores e usuários dos bens e serviços da indústria do petróleo.

A Lei nº 9.472/97, que cria a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, no mesmo sentido, dispõe em seu artigo 42 que “as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”.

Como se vê, não há uma solução uniforme sobre a obrigatoriedade, tampouco sobre as hipóteses de cabimento da realização de tais procedimentos participativos. Egon Bockman Moreira critica esse fato nos seguintes termos:

“A legislação da ANEEL, ao mesmo tempo em que torna cogente a realização das consultas ou audiências (a carga verbal impositiva é clara: os processos de elaboração normativa ‘serão precedidos’), vale-se de termos imprecisos e fluidos para a instalação do dever (‘efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores’). (...) a ANVISA vai ao extremo: vale-se de

termos imprecisos ('efetiva afetação de direitos sociais do setor de saúde ou consumidores') e também de outorga claramente discricionária da competência ('*poderá* ser precedido de audiência pública'). (...) Discute-se o que a agência quer discutir, quando ela quer discutir, nos exatos limites fixados para a discussão"⁶¹.

Por isso a relevância em se perquirir a necessidade de previsão legal quanto à obrigatoriedade da realização de audiências ou consultas públicas ou se tal imposição pode ser extraída diretamente do ordenamento constitucional pelos motivos já expostos.

Defendendo a desnecessidade da previsão legal, podemos citar, em primeiro lugar, Diogo Figueiredo Moreira Neto, cujos ensinamentos transcrevemos a seguir:

"O cabimento dessa específica modalidade de participação social dirigida amplamente ao controle da legalidade, da legitimidade e da licitude dos atos das agências reguladoras não necessita estar prevista na lei instituidora, uma vez que a Constituição já assegura em inúmeros dispositivos, mas tanto a lei instituidora como o regimento de cada uma dessas deverão prever o acesso dos interessados e definir os processos participativos, para que se realize o mais amplamente possível esta saudável modalidade difusa de controle"⁶².

⁶¹ MOREIRA, Egon Bockman. Agências Reguladoras Independentes, déficit democrático e "elaboração processual de normas". *RDPE*, ano 1, n. 2, abr.-jun. 2003, p. 244.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito Regulatório*, p. 203.

David Duarte se posiciona no sentido de que o direito à participação prescinde de previsão legal expressa, pois se trata de um direito fundamental procedimental, uma liberdade e uma garantia do administrado frente ao Estado:

“(...) aspectos meramente formais, como a construção técnica do preceito constitucional, (...) bem como, pelas mesmas razões, a localização constitucional do ‘direito’ à participação procedimental, não ofuscam o fato e a consideração de que (...) se trata de um verdadeiro direito fundamental de que são titulares todos aqueles a quem a decisão administrativa possa, de algum modo, dizer respeito”⁶³.

Também nesse sentido, Patrícia Baptista sustenta que o direito à participação dos administrados pode ser inferido de uma interpretação sistemática da Constituição, especialmente considerando os dispositivos citados no início do presente capítulo, dentre eles o artigo 1º, que elege o Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito. E a autora aduz:

“Assim, na esteira da moderna teoria constitucional – que advoga a máxima efetividade das normas integrantes do texto constitucional – impõe-se concluir que a eventual ausência de legislação infraconstitucional não pode, sob pena de frustrar-se a vontade do legislador constituinte, impedir que o direito de participação venha a ser exercido ou reclamado desde logo”⁶⁴.

Mas também se pode extrair um direito fundamental à participação da previsão constitucional de direitos individuais como o do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), do devido processo legal (artigo 5º, LIV), do direito de petição

⁶³ DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, p. 143.

⁶⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 155.

(artigo 5º, XXXIV, a), do princípio da informação administrativa (artigo 5º, XIV e XXXIII), e, ainda, de um direito genérico de participação nos negócios públicos toda vez que haja a possibilidade de afetação de um interesse particular ou coletivo⁶⁵.

Não é outra a opinião de Marçal Justen Filho, a qual se pode extrair do trecho colacionado a seguir:

“(...) o silêncio legislativo acerca da participação da sociedade civil na estruturação e funcionamento da agência não elimina as garantias constitucionais. Como é óbvio, não é possível a agência opor o argumento de que a lei não impôs como obrigatória a consulta aos particulares como forma de rejeitar a participação popular. Nem cabe invocar o exaurimento da oportunidade própria como forma de rejeitar a prestação de informações ou o recebimento de colaborações da sociedade. De todo modo, a conquista de autoridade por parte das agências reguladoras depende da adoção, até mesmo independentemente de previsão legislativa, de todos os instrumentos possíveis de legitimação em face da comunidade”⁶⁶.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld ensina que o exercício do poder normativo das agências reguladoras tem como contrapartida o dever de permitir a participação social, através de ampla consulta pública⁶⁷.

Interessante, para os fins do presente estudo, é a experiência norte-americana, da qual, vale lembrar, buscamos o nosso modelo de agências

⁶⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 155.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 587.

⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às agências reguladoras*, p. 38.

reguladoras. A participação dos administrados nos processos decisórios das agências está prevista na seção 553, 'c', do *Administrative Procedure Act*, o APA, sendo de natureza obrigatória.

As normas contidas no APA impõem que o processo normativo das agências seja participativo, compreensivo e racional, isto é, que (i) conceda aos interessados a oportunidade dele participarem; (ii) essa oportunidade seja estendida a todos aqueles que possam ter os seus direitos afetados pela decisão; e (iii) a decisão seja devidamente motivada, demonstrando-se a correlação da norma editada com os dados obtidos durante o processo e com os objetivos da Lei⁶⁸.

No sentido contrário, Gustavo Binembojm entende que os mecanismos de participação popular devem ter previsão em lei para que se tornem obrigatórios⁶⁹, na mesma linha de Gustavo Henrique Justino de Oliveira⁷⁰.

Sob esse prisma, esse último autor prevê também efeitos distintos para a não implementação de tais mecanismos. Se previstos em lei como obrigatórios, constituir-se-ão em condição de validade do ato administrativo que exsurgir do procedimento para qual estavam previstos. Se facultativos ou não previstos, a sua não realização não importará conseqüências legais⁷¹.

Como se vê, não obstante a importância dos instrumentos de participação para a compensação do déficit de legitimidade da Administração Pública, especialmente no caso das agências reguladoras, na prática verifica-se que este instituto não é implementado ora sob a escusa de não haver previsão legal e ora sob a escusa de que a sua realização é uma faculdade e não um dever a Administração Pública.

⁶⁸ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras...*, p. 204.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo*, p. 291.

⁷⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Participação Administrativa*, p. 416.

⁷¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Participação Administrativa*, p. 416.

Há necessidade, portanto, de valorização do princípio da participação e a sua efetiva observação no âmbito das agências reguladoras, independentemente de lei. Ora, se o princípio constitucional da participação tem o condão de proporcionar toda a série de benefícios para o procedimento administrativo vislumbrada acima e, além disso, representa uma dimensão do próprio princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, parece-nos que deve ser a mesma realizada em todos os procedimentos de elaboração de atos normativos que importem a afetação de direitos dos administrados.

Com efeito, não se pode, sob a escusa formalista de que não há previsão em lei, desconsiderar de plano a participação administrativa, sob pena de convolar o respectivo direito constitucional em letra morta e, pior, de adotar-se uma postura condescendente com práticas administrativas que, sem qualquer motivo, rejeitam os métodos de participação, não obstante os seus comprovados benefícios para o atendimento dos objetivos de eficiência, transparência, economicidade, moralidade, transparência administrativa, dentre outros.

Além disso, mesmo que se adote uma postura conservadora frente a esse problema, não se pode esquivar-se do fato de que o princípio da participação possui, no mínimo, a eficácia de proibir medidas que lhe sejam contrárias e de potencializar todos os instrumentos que forem criados pelo Legislador ou pela Administração Pública para dar-lhe concretização. No mínimo.

A participação administrativa possui inúmeros benefícios, que determinam a necessidade da sua implementação sempre que possível. Diz-se sempre que possível, pois haverá casos em que a urgência da ação administrativa impossibilitará a participação, conforme se verá no item 2.4.1 do presente trabalho.

Seja sob o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito genérico à liberdade e à ampla defesa ou mesmo do princípio do Estado democrático de Direito, seja em virtude da vinculação da ação administrativa à máxima realização dos princípios da moralidade, eficiência, economicidade, transparência e os demais princípios da administração pública listados na Constituição Federal, ou, ainda, pela necessidade de compensar o déficit de legitimidade democrática, impõe-se a realização dos mecanismos de participação, independentemente de previsão expressa em lei.

A nosso ver, a escolha do mecanismo, na ausência de disposição legal, caberá à Administração, a depender das peculiaridades e da complexidade do caso concreto, mas essa escolha também poderá ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, sobretudo para o exame de eventuais desvios de finalidade.

2.2 Doutrina do *Hard Look Review*: o ônus argumentativo imposto às Agências Reguladoras:

Outro aspecto referente à questão da participação diz respeito às suas implicações na motivação da decisão administrativa a ser tomada, isto é, no ônus argumentativo imposto à autoridade com vistas a tornar a sua decisão válida.

É certo que as agências reguladoras, ou qualquer outra entidade que promova a participação administrativa, não ficam obrigadas a adotar quaisquer das contribuições que lhe forem trazidas no âmbito desses procedimentos. A participação dos administrados não vincula a decisão da Administração, nem lhe retira o poder de decisão final sobre a matéria⁷².

⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras...*, p. 441.

Por outro lado, essa ausência de obrigatoriedade de decidir de acordo com a vontade da sociedade não significa que a Administração poderá desconsiderar as contribuições dos administrados sem qualquer motivo. Conforme explica Antonio Cabral:

“a audiência pública, apesar de condicionante, não vincula a decisão do órgão administrativo. Mas o resultado dos debates e da consulta não é despido de qualquer função. (...) surge outro importante efeito da audiência pública, aquele de impor o ônus argumentativo (Argumentationslast) caso desejem os órgãos administrativos e judiciais afastar-se da conclusão popular”⁷³.

O autor explica que os procedimentos participativos geram uma presunção em favor da sua conclusão, uma espécie de “inversão do ônus da prova”⁷⁴. Assim, uma vez “fixado o interesse público em certo sentido a partir do resultado da audiência, se a autoridade administrativa optar por decidir de maneira contrária, terá de empreender um trabalho de justificação, na motivação do ato administrativo, em maior grau do que o exigido em decisões semelhantes”⁷⁵.

Assim é que a recusa e mesmo a adoção de quaisquer contribuições feitas pelos administrados devem sempre se dar de forma justificada, isto é, a Administração deve dar a devida consideração para cada uma das contribuições, seja para utilizá-las, seja para refutá-las. É o que prega a doutrina do *Hard Look Review*.

Esse dever de justificação é uma verdadeira condição para que o modelo participativo se torne eficiente. Explica-se: não fosse a obrigação de justificar tanto

⁷³ CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública, p. 205.

⁷⁴ CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública, p. 206.

⁷⁵ CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública, pp. 206/207.

as recusas quanto eventuais admissões das contribuições dos administrados, haveria casos em que a Administração Pública realizaria audiências ou consultas públicas apenas para fins de preenchimento de requisitos formais do processo de elaboração de decisões, mas sem qualquer comprometimento com o diálogo com a sociedade. “A audiência não poderá ser, então, uma mera formalidade despida de conteúdo, realizada para cumprir aparentemente uma determinação legislativa, pressupondo antes a necessidade de reunião das condições materiais de efectividade do *input* participatório”⁷⁶.

Com efeito, não basta a mera previsão de realização de audiências e consultas públicas. Se não se impuser às autoridades administrativas quaisquer ônus de argumentação na tomada de decisões, que impliquem a justificação da eventual recusa das contribuições sociais, os mecanismos de procedimento participativo serão considerados como meras etapas formais do processo de elaboração de decisões, e apenas servirão para aumentar os custos e o tempo despendido com esse processo. A esse respeito, Marçal Justen Filho destaca que:

“(...) a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes. É fundamental que a atividade decisória da agência incorpore a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. Incorporar a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição. Não se admite o fenómeno que se poderia qualificar como *participação externa* 'cosmética'. A expressão indica a situação em que a agência predetermina sua decisão e desencadeia

⁷⁶ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e Fundamentação...*, p. 127.

uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas, destinadas apenas a dar uma aparência de democracia à decisão. Assim, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições. Isso significa que a agência independente tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade"⁷⁷.

Ademais, outro fator importantíssimo para a concretização dos objetivos da participação é o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as decisões oriundas de processos administrativos, justamente para verificar se foram devidamente consideradas (*"if the administration took a hard look"*) as manifestações da sociedade.

No que diz respeito à apreciação das contribuições fornecidas durante os procedimentos participativos, no Brasil, a doutrina tem apontado uma verdadeira falta de comprometimento das Agências com a instauração de um diálogo com a sociedade. Conforme asseverado por Carlos Ari Sundfeld⁷⁸, mesmo naqueles casos em que a participação é proporcionada, a Administração Pública visa, muitas vezes, apenas o cumprimento de uma exigência procedimental. A lógica, como ressalta Egon Bockman Moreira, é mais ou menos a seguinte:

⁷⁷ Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na 'Regulação Independente'?, p. 298, grifos no original.

⁷⁸ De acordo com o autor, "Mas o certo é que, nos embates que já se vêm travando na regulação, os discursos jurídicos têm encontrado poucos ouvidos. Tanto nas consultas públicas quanto nos outros procedimentos das agências [quando elas os realizam], são quase inúteis argumentos tipicamente 'de Direito' como 'os limites do artigo tal da Constituição', o sentido e o alcance do artigo qual da lei ou do decreto', a 'ausência de base legal para a edição desta norma ou daquele ato', o 'devido processo legal', a 'irretroatividade da norma', e outros de nossos exotismos. A resposta a eles com frequência é a pura negação do diálogo". SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às agências reguladoras, p. 38.

“(...) as legislações prestigiam a legitimidade em potência dos processos de elaboração normativa, não a procura da legitimidade real, basta que possa haver participação popular, não é necessário que ela efetivamente exista”⁷⁹.

O que se vê é que, pelo menos no Brasil, o princípio da participação encontra, no mínimo, dois obstáculos. O primeiro, tratado no item anterior, diz respeito à necessidade, na prática, de que os procedimentos participativos sejam previstos de forma expressa em Lei e de forma obrigatória, sob pena de serem completamente ignorados, de acordo com a conveniência da Administração. O segundo obstáculo diz respeito à ausência de verdadeiro comprometimento das agências em buscar uma decisão mais consensual, razoável e transparente, através dispensa da devida atenção aos resultados do procedimento participativo.

É aqui que entra o papel do Poder Judiciário. À ausência de previsão legal, deve o mesmo interpretar o princípio participativo de modo a maximizar a sua concretização, considerando ser esta norma um corolário do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, além daqueles princípios previsto no artigo 37 da Constituição Federal, como visto ao longo deste trabalho.

Também deve o Poder Judiciário controlar o nível de comprometimento da Administração Pública com os resultados dos procedimentos participativos, mediante a verificação dos motivos que levaram à acolhida ou à rejeição das contribuições dos administrados. Em outras palavras: deve o Poder Judiciário controlar o ônus argumentativo da Administração Pública, na linha da doutrina do *Hard Look Review*.

⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockman. Agências Reguladoras Independentes, déficit democrático e “elaboração processual de normas”, p. 245.

2.3 O projeto de Lei nº 3.337/04:

No âmbito dessa discussão quanto à necessidade ou não de previsão legal que torne obrigatória a realização de consultas e audiências públicas, importa considerar que se encontra em tramitação perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, organização e o controle social das Agências Reguladoras e já previa, mesmo em sua tão criticada redação original, a obrigatoriedade da realização de consulta pública prévia à edição de atos normativos pelas Agências.

Essa iniciativa demonstra a preocupação do Poder Executivo com a necessidade de suprimento do mencionado *déficit* democrático, bem como o seu interesse em dar a maior eficácia possível ao princípio constitucional da participação, na linha do que já é previsto no âmbito ambiental⁸⁰ e na matéria de licitações⁸¹:

Art. 4º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.

O intuito do Executivo em mitigar o aludido *déficit* pode ser facilmente vislumbrado através da leitura de trecho da exposição de motivos do referido projeto,

in verbis:

⁸⁰ Lei nº 6.938/81.

⁸¹ Lei nº 8.666/93, art. 39.

“a falta de controle social é, certamente, a fonte maior das preocupações e dificuldades que demandam soluções por meio de alteração no marco legal das Agências Reguladoras. Nesse sentido, são propostos importantes aperfeiçoamentos no modelo adotado, instituindo-se maior rigor na delimitação de seus poderes; controle mais eficaz de suas atuações pelos órgãos especializados do Congresso; e, por fim, ampliando-se a legitimidade do exercício da função regulatória pelas Agências Reguladoras, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis, ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários.

(...) O desenvolvimento de instrumentos de controle social das Agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo, na medida em que esse **controle atua como elemento de legitimidade e eficiência na ação regulatória**. Nesse sentido, a experiência internacional indica que **o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas**. É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do projeto de lei. São instituídos, estendidos ou ampliados os mecanismos de controle, responsabilização e transparência como **consulta pública**, apresentação de relatórios anuais ao Ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional,

obrigatoriedade do contrato de gestão entre o Ministério e a Agência, e criação de Ouvidorias em todas as Agências Reguladoras. Assim é que o projeto de lei reserva o Capítulo I para o processo decisório das Agências, nele prevendo: a) a decisão colegiada, em regra, como forma de respaldar as decisões do regulador (art. 3º); b) **obrigação, para todas as Agências, de realizar consulta pública, além da necessidade de ampla divulgação dos resultados da consulta e audiência pública realizadas** (arts. 4º e 7º); e c) direito das associações de defesa do consumidor/usuário de indicarem até três representantes especializados para acompanhar os processos de consulta pública, custeados dentro das disponibilidades orçamentárias pela própria Agência (art. 4º, § 5º)⁸².

A proposta de substitutivo apresentada pelo Deputado Leonardo Picciani manteve a obrigatoriedade da realização de consultas públicas, bem como a instituição facultativa de audiências e outras formas de participação (art. 6º, 7º e 8º):

Diante disso, não restam dúvidas de que a questão da implementação de instrumentos participativos no processo decisório das agências encontra-se na pauta do dia e reúne preocupações tanto por parte da doutrina e quanto por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Mais um ponto, portanto, a favor da sua efetiva realização.

⁸² Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=210114>>. Acesso em: 23 out. 2006.

2.4 Problemas relacionados à participação dos interessados nos processos decisórios das agências reguladoras:

Não obstante as suas inúmeras vantagens, a participação administrativa deve ser promovida com cautela. Sua utilização exagerada ou descuidada pode gerar alguns “efeitos colaterais” indesejados e, em vez de proporcionar uma maior transparência e eficiência ao processo decisório, pode surtir justamente o efeito contrário.

2.4.1 Dilação do tempo e aumento das despesas necessárias à elaboração de atos administrativos:

Um primeiro efeito negativo atinente à introdução da participação nos processos de elaboração de atos administrativos diz respeito aos gastos e ao tempo necessários à conclusão dos mesmos. Um processo administrativo no qual é viabilizada a participação da comunidade possui um número maior de fases e, por conseguinte, demanda um número maior de recursos e demora mais tempo para ser concluído.

Nesse sentido, um argumento contrário à institucionalização da participação dos administrados seria o aumento da burocracia e dos custos do processo decisório, uma vez que importará em um maior número de discussões e reuniões para resolver o assunto⁸³. No entanto, mesmo que um pouco mais demorado, o procedimento no qual se permite a participação da comunidade tende a ser mais

⁸³ GORDILLO, Agustín. Participación Administrativa. *Revista de Direito Público*, nº 74, ano XVIII, abr./jun., 1985, p. 20.

eficiente, por permitir que a Administração encontre a solução mais acertada para a hipótese aventada:

“(…) se bem que é óbvio que um organismo participativo requer mais discussões, reuniões e tratativas para resolver determinado assunto conflituoso, que os que assumiria um organismo não participativo, também é claro que a participação na decisão de interesses contrapostos assegura de uma melhor maneira que a decisão final seja a que melhor se adequa aos interesses sociais em jogo. Em outras palavras, em termos de resultado final, é mais eficiente e eficaz o órgão participativo do que o que atua de maneira unilateral”⁸⁴.

A preocupação que se instaura aqui é no sentido de impedir que a implementação da participação administrativa comprometa a eficiência da atuação estatal⁸⁵.

Sobre o assunto, Patrícia Baptista aduz que “não há fundamento que justifique a determinação apriorística da prevalência do princípio da eficiência sobre os outros valores constitucionais”, uma vez que “em um Estado Democrático de Direito não há lugar para a eficiência total, ‘a qualquer custo ou com independência de qualquer sacrifício’”⁸⁶.

Uma solução para este primeiro problema dependerá da realização de uma ponderação entre os motivos que determinam a participação, já citados nos itens anteriores, e os motivos que determinam a sua não implementação, dentre eles a celeridade do procedimento e a proteção do interesse público, ponderação esta que, inclusive, poderá envolver as diferentes opções de participação – oral ou escrita, por

⁸⁴ Tradução livre. GORDILLO, Agustín. *Participación Administrativa*. p. 20.

⁸⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 23.

⁸⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 158.

exemplo⁸⁷. Assim, o conflito entre os princípios da eficiência e da participação deverá ser solucionado face ao caso concreto.

O APA norte-americano pode ser utilizado como referência de algumas hipóteses que podem ser consideradas como justas causas para a não promoção da participação pública: (i) a sua impraticabilidade; (ii) a sua desnecessariedade; e (iii) a contrariedade ao interesse público, causas estas, no entanto, que deverão ser exceções e, por isso, devidamente demonstradas e justificadas por ocasião da publicação da norma editada⁸⁸. Essas hipóteses de justa causa ocorrem quando a observância das regras que impõem a participação puder prejudicar os objetivos que se propõe atingir através da edição da norma, quando se trate de situações de emergência ou quando se trate de temas técnicos ou de pouca importância, sem impacto relevante para a comunidade⁸⁹.

Do exposto, pode-se concluir que a dilação temporal e de despesas necessária à elaboração das decisões das agências pode ser um efeito colateral da instituição de mecanismos de participação, mas que não necessariamente compromete a eficiência da atuação administrativa. Aliás, conforme ressaltado por Denis Galligan em comentário já reproduzido nesse trabalho, o aumento dos custos marginais, por si só, não é motivo para a não promoção de procedimentos participativos, uma vez que os seus benefícios potenciais são inúmeros. Será possível, contudo, no caso concreto, realizar uma ponderação entre os motivos a favor e os contra a realização desses procedimentos, os quais poderão ser dispensados excepcionalmente e justificadamente nos casos em que forem impraticáveis, desnecessários ou contrários ao interesse público. Essa dispensa,

⁸⁷ DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação...*, pp. 127/128.

⁸⁸ BRUNA, Sérgio Varela. *Agências Reguladoras...*, p. 212.

⁸⁹ BRUNA, Sérgio Varela. *Agências Reguladoras...*, pp. 212/213.

como não poderia deixar de ser, também estará sujeita à revisão do Poder Judiciário.

2.4.2 Baixo grau de mobilização da sociedade e o fenômeno da captura:

Um segundo problema relacionado ao tema das consultas e audiências públicas diz respeito especialmente ao baixo grau de mobilização da sociedade e pode ser resumido nos seguintes termos: a participação não terá sucesso se as partes afetadas não fizerem uso da mesma. A esse respeito, Paulo Todescan explica que:

“se temos uma esfera pública pouco ativa (ou uma ‘esfera pública em repouso’) ou a participação privilegiada de determinados grupos em detrimento de outros, os problemas de legitimação aparecem. As condições efetivas de participação são, nessa perspectiva, um bom critério para avaliar o potencial democrático dos mecanismos de participação pública institucionalizados por meio de normas”⁹⁰.

Esse baixo grau de mobilização pode ser uma decorrência da falta de informação sobre esses procedimentos, falta de recursos ou em mesmo da complexidade e tecnicidade dos processos⁹¹. Também conspira para essa realidade o fato de as agências reguladoras e os procedimentos participativos serem fenômenos recentes no Brasil.

⁹⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Agências Reguladoras e Democracia...*, p. 203.

⁹¹ MOREIRA, Egon Bockman. *Agências Reguladoras Independentes: déficit democrático e a ‘elaboração processual de normas’*, p. 239. De acordo com o autor, “a ampla maioria da população não sabe que existem as consultas públicas; se souber, não conhece do assunto tratado; se conhecer, não tem pleno acesso aos dados e alternativas; se tiver, não tem nenhuma garantia da medida em que as suas considerações serão levadas em conta”.

Essa assertiva foi comprovada, ao menos no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em pesquisa realizada por Paulo Todescan Lessa Mattos em conjunto com o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP. Através da análise das consultas públicas realizadas pela Agência nos anos de 1997 a 2001, o autor chegou à conclusão de que, muito embora tenha sido verificado um aumento do uso dos mecanismos de participação oferecidos pela Agência, a participação dos segmentos da sociedade civil ainda é muito inferior ao esperado e ao necessário para que esses instrumentos possam ser considerados verdadeiras formas de legitimação da atuação das Agências Reguladoras⁹².

Além de inviabilizar a compensação do déficit democrático, o baixo grau de participação da sociedade civil pode aumentar a probabilidade de que ocorra o fenômeno da captura do ente regulador. Esse fenômeno se verifica, em linhas gerais, sempre que a administração pública confunde o interesse público com o interesse dos entes regulados, especialmente, o da indústria⁹³.

Esse fenômeno pode acontecer de forma inconsciente e é nesse aspecto que o baixo grau de mobilização da sociedade pode facilitá-la. Andréia Cristina Bagatin explica que o fenômeno decorre da verificação de dois fatores: (i) a tendência das empresas de maximizarem os seus próprios interesses através da influência dos processos decisórios, seja licitamente ou não; e (ii) a presença de situação favorável

⁹² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Agências Reguladoras e Democracia*, pp. 228-229.

⁹³ FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da captura do Regulador de serviços Públicos. In: MARSHALL, Carla C., SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002, p. 261. Conforme explica a autora, “no Brasil, não faltam exemplos da captura do processo de regulação, ora pelo Poder Executivo ora pelas entidades representativas dos concessionários, desequilibrando, assim, as relações. São sabidos os casos de postergação de reajustes nas tarifas públicas para evitar desgastes em períodos pré-eleitorais, assim como, a administração dos preços públicos tem importante impacto sobre os índices da inflação, sendo, por esta razão, também objeto de manobras na fixação das tarifas. Sabe-se, também, através das denúncias trazidas á imprensa, das agressões à ética e ao interesse público que se verificam no relacionamento entre alguns segmentos dos governos e as entidades concessionárias”. Idem, pp. 260-261.

para que tais interesses sejam maximizados. Uma situação favorável, nesse contexto, é a ausência de participação da sociedade civil.

Além disso, a capacidade de organização é um fator importantíssimo para a verificação do fenômeno da captura, na medida em que “em qualquer disputa política similar entre grupos de tamanhos diferentes, os interesses organizados de maneira mais compacta vão usualmente ganhar a despeito dos grupos mais difusos”⁹⁴. Dessa forma, a “legitimação” da ação administrativa acaba por ser determinada por um grupo específico de interesses, normalmente das grandes empresas. Por isso, é essencial que as agências reguladoras realizem investimentos na divulgação dos seus mecanismos de participação administrativa, com vistas a tornar o seu processo deliberativo mais aberto e transparente⁹⁵.

Assim, temos que, no atual contexto participativo no Brasil, não basta a publicação no Diário Oficial; as agências devem adotar uma atividade mais pró-ativa, no sentido de instigar a participação dos grupos hipossuficientes.

Além da participação, medidas como a imposição do dever de motivação, de transparência e de ampla publicidade, aliás já previstos expressamente em nossa Constituição Federal, bem como a previsão de controles sobre os atos das agências, especialmente o Judicial, também têm o condão de reduzir os riscos de captura⁹⁶.

No direito norte-americano, o APA impõe às agências que exponham os fundamentos e objetivos da norma, indicando as principais questões levantadas na fase do procedimento de elaboração, em especial na fase de consulta pública, bem como os motivos da decisão escolhida face aos objetivos a serem alcançados⁹⁷.

⁹⁴ FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da captura do Regulador de serviços Públicos, p. 262.

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo...*, p. 293.

⁹⁶ BAGATIN, Andréia Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Poder Judiciário, p. 217.

⁹⁷ BRUNA, Sérgio Varela. *Agências Reguladoras...*, p. 211.

Essa motivação pode ser cobrada e examinada pelo Poder Judiciário como forma de combater a captura.

O problema da captura já foi constatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da Suspensão de Liminar nº 3570/CE98. Através desse recurso, a COELCE - Companhia Energética do Ceará pretendia suspender a decisão liminar proferida em 1ª instância na qual foi determinada a substituição do índice de reajuste das tarifas pagas pelo serviço de distribuição de energia elétrica prestado pela empresa, fixado, a princípio, em Resolução da ANEEL, pelo IGP-M:

“(...) A atividade de regulação e, especificamente, a atuação das agências reguladoras, têm se pautado, na contramão, mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imanente. Ocorre a captura do ente regulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. (...) A simplicidade e a transparência prometidas aos usuários são apenas aparentes ou, de outro modo, são apregoadas tão-somente no discurso, não encontrando concretização na realidade dos fatos. A tecnicidade não explicada, a multiplicidade de conceitos sem concreção, por nitidamente voláteis, cambiáveis ou insuscetíveis de quantificação certa,

⁹⁸ Muito embora essa decisão tenha sido posteriormente reformada pelo STJ, parece-nos oportuno trazê-la à colação, pois demonstra a preocupação do Tribunal com o problema da captura dos órgãos reguladores.

contrastam com a constante repetição da expressão modicidade de tarifas, uma das únicas de pronta percepção. (...) Em nota técnica da ANEEL, ficou registrado que, de 1999 a 2002, a concessionária fez 70,9% de reajustes tarifários anuais acumulados. Acrescendo-se, a esse número, o percentual atualmente pretendido pela requerente, chegar-se-ia a um patamar próprio de **investimentos sem qualquer tipo de risco, não sendo esse o escopo da delegação do serviço público essencial, nem exigível em desfavor do usuário em qualquer tipo de negócio.**

A importância das audiências públicas reside exatamente em dar oportunidade a que os consumidores possam ser informados, com especificidade, sobre todas as questões de seu interesse, uma das quais, sem dúvida, é a relativa ao custo (o que inclui a forma de composição desse valor) dos serviços que lhes são prestados. Além disso, abre espaço a que os usuários possam formular requerimentos e apresentar propostas, o que concretizaria a real noção de participação, idéia que está no alicerce do novo modelo de Administração Pública de que se fala. **Entretanto, o que se tem constatado é que as audiências públicas se converteram em mera formalidade, esvaziadas por falta de integração popular, derivada essa, de seu lado, pelos baixos níveis educacionais e pela ausência de esclarecimento por parte do Poder Público. Os ditos**

representantes da sociedade civil que comparecem a esses atos públicos fazem presentes, em verdade, apenas determinadas categorias, com interesses particularizados, caracterizando-se um déficit democrático de graves conseqüências.”

Outro exemplo em que os interesses econômicos utilizaram-se de mecanismos de participação para “capturar” a agência foi a nomeação dos membros do Conselho Consultivo da ANATEL. Nessa oportunidade, foram escolhidos como representantes da sociedade e dos usuários, respectivamente, o Presidente da Telemar e o Presidente da Telebrasil. A 2ª Turma do Tribunal Regional da 5ª Região anulou o ato de nomeação, com fundamento na doutrina da captura:

“Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja declarado nulo ato de designação dos apelantes para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL na qualidade de representantes dos usuários e da sociedade, haja vista os cargos ocupados por eles, Presidência da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e Presidência da TELEBRASIL.

(...) O Conselho Consultivo é órgão superior da ANATEL, o qual representa a participação institucionalizada da sociedade na atuação da agência, sendo integrado por doze conselheiros designados por decreto do Presidente da República, sendo dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois conselheiros das entidades de classe das prestadoras de serviços de

telecomunicações, dois das entidades representativas dos usuários e dois representantes da sociedade. Essa estruturação do Conselho Consultivo, certamente, possibilita aos usuários e à sociedade como um todo acompanhar a gestão da agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade, compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar à satisfação do interesse público. **Na hipótese dos autos, foi nomeado como representante da sociedade o Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.** Ora, a indicação do Presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL, rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. (...) Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu

interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e assim, **“diante de um conflito de envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum”**.

Quanto ao segundo apelante, **fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. (...) In casu, flagrante é o**

conflito entre os interesses dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. **A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros têm denominado de captura da agência pelos interesses regulados. Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresarias regulados”⁹⁹.**

Do exposto, pode-se depreender que a participação administrativa, em si, não é fator de aumento dos riscos da captura. No entanto, a sua influência positiva ou negativa nesse sentido dependerá da capacidade da agência em divulgar o procedimento e de mobilizar a população para a sua realização, tanto no que diz respeito a consultas e audiências públicas, tanto no que diz respeito aos Conselhos Consultivos. Assim, repise-se, a participação em si não é a causa da captura, mas

⁹⁹ TRF5, AC nº 342739, 2ª Turma, Relator: Francisco Cavalcanti, j. 30.11.2004.

sim a sua má organização e eventuais desvios de finalidade. Por isso, deve ser a mesma sujeita ao controle do Judiciário.

3 CONCLUSÃO

As agências reguladoras independentes, em sua configuração atual, são um fenômeno recente no Brasil e, por isso, ainda se encontram em fase de ajustes e adaptação. A depuração e o aperfeiçoamento dessas entidades implicarão um processo lento e dolorido, no qual se discutirão temas como os limites das suas competências, o conteúdo da sua autonomia, os controles a que são submetidas e, inevitavelmente, a sua legitimidade. Por isso, demonstram-se de toda relevância os trabalhos científicos que se voltem a identificar eventuais pontos negativos no arcabouço institucional adotado, bem como as respectivas possíveis soluções.

No presente trabalho, procuramos justamente atingir esses objetivos: apontar alguns problemas pertinentes ao modelo das agências reguladoras, notadamente no que toca à legitimidade do exercício do seu poder, e tentar indicar possíveis respostas.

Para tanto, partimos do questionamento quanto à existência e origem do malsinado déficit democrático das agências reguladoras. Concluímos que essa deficiência não advém exclusivamente da autonomia e da concentração de poderes características dessas entidades independentes, mas as antecede, remontando a uma crise específica da própria Administração Pública como um todo. Dessa forma, verificamos que eventuais construções no sentido de explicar a legitimidade de tais entidades devem partir desse pressuposto: a citada deficiência de legitimidade faz parte de um fenômeno maior do que a própria introdução do modelo de agências

reguladoras no Brasil; faz parte de uma crise de legitimidade que afeta a toda a Administração Pública e que, inclusive, impôs uma série de transformações no seu papel.

Concluimos também que muito embora se verifique que há uma divergência doutrinária quanto à existência e origem do aludido déficit democrático, há também um consenso quanto à necessidade de imposição de controles, bem como a viabilização da participação popular em suas decisões para que a sua atuação possa ser considerada democraticamente legítima.

Nesse sentido, vimos que a participação dos interessados no procedimento administrativo de elaboração de atos normativos produz uma série de benefícios, tanto para a própria Administração Pública, quanto para a sociedade como um todo. São eles: (i) a compensação do déficit democrático; (ii) a ampliação das fontes de subsídios para a tomada de decisões, o que permite que estas sejam mais eficientes, morais, imparciais, transparentes, econômicas, dentre outros aspectos; (iii) a ampliação da aceitabilidade da decisão administrativa e, por conseguinte, a diminuição os conflitos entre a Administração e o administrado, pois busca a adoção de uma decisão baseada na consensualidade; e (iv) a potencialização do controle exercido pelo Poder Judiciário.

Na verdade, a participação administrativa é um verdadeiro princípio constitucional, decorrente não só da previsão expressa no artigo 37 da Carta Maior, mas também de todo o seu arcabouço e, especialmente, do princípio do Estado Democrático de Direito, do Estado Social, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Não obstante isso, a sua concretização no Brasil enfrenta uma série de dificuldades. A primeira, como visto, diz respeito à questão da necessidade de

previsão legal expressa que obrigue as entidades a promoverem procedimentos participativos. Nesse particular, concluímos que, seja sob o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito genérico à liberdade e à ampla defesa ou mesmo do princípio do Estado Democrático de Direito, seja em virtude da vinculação da ação administrativa à máxima realização dos princípios da moralidade, eficiência, economicidade, transparência e os demais princípios da Administração Pública listados na Constituição Federal, ou, ainda, pela necessidade de compensar o déficit de legitimidade democrática, a obrigatoriedade da realização dos mecanismos de participação existe independentemente de previsão expressa em lei e o Poder Judiciário deve fiscalizar a sua observância.

Cumpramos observar, a esse respeito, que já existe projeto de lei obrigando a realização de audiências públicas sempre que as decisões das agências puderem afetar interesses gerais dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados, o que demonstra uma preocupação atual com a instituição de mecanismos de participação nos processos decisórios das agências.

Uma segunda dificuldade diz respeito ao grau de comprometimento das agências reguladoras com a criação de um diálogo com a sociedade. Vimos que uma forma de obrigar as agências a considerarem as manifestações dos participantes é através da aplicação da doutrina do *Hard Look Review* pelo Poder Judiciário. Ao analisar eventuais pleitos de anulabilidade de atos administrativos, deve o Poder Judiciário sempre que possível requisitar à agência que apresente os motivos que a levaram a produzi-lo e que informe se foram realizados procedimentos participativos prévios, com vistas a verificar se as razões expendidas pela autoridade consideram as contribuições trazidas pelos administrados e se, além disso, encontram-se justificadas eventuais recusas aos pleitos dos participantes.

Um terceiro problema diz respeito à baixa representatividade popular nos procedimentos participativos realizados pelas agências. Conforme aponta a doutrina e, em especial, o estudo de Paulo Mattos sobre as audiências e consultas públicas realizadas no âmbito da ANATEL, o que se verifica é que a maior parte dos participantes integra o grupo de empresas atuantes do setor regulado. São poucas as participações de pessoas físicas, organismos de defesa do consumidor, universidades, etc. No entanto, não basta a mera realização dos procedimentos participativos para que sejam produzidos os benefícios apontados; eles não legitimam a atuação administrativa por si só. A sua efetividade depende de uma verdadeira adesão da sociedade.

Os procedimentos administrativos podem apresentar também efeitos negativos como o fenômeno da captura e o aumento dos custos e do tempo necessário à prolação de decisões. O primeiro problema tende a ser minimizado com a diversificação dos interesses representados nos procedimentos participativos, isto é, quanto mais grupos sociais estiverem representados nas audiências públicas, por exemplo, menor será a possibilidade de ocorrer a captura, em virtude da maior transparência do processo. Além disso, o Poder Judiciário pode determinar a anulação de atos administrativos que apresentarem características do aludido fenômeno.

Já a questão do aumento dos custos e do tempo deverá ser avaliada caso a caso, considerando-se a urgência da decisão, a sua natureza e a viabilidade da participação administrativa frente ao interesse público, não podendo servir de escusa injustificada para a não realização desses procedimentos.

Assim, há ainda um longo caminho a ser percorrido pelas agências reguladoras independentes no Brasil. O objetivo a ser buscado deve ser a

conciliação entre a autonomia das agências, assim como as suas prerrogativas, com as exigências de um Estado Democrático de Direito. Parece-nos, por todo o exposto no presente trabalho, que uma das possíveis formas de alcançar essa conciliação é a instituição de controles e de procedimentos participativos em seus processos decisórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes. Uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/dialogo-juridico-13-abril-maio-2002-alexandre-santos-aragao.pdf>. Acesso em 29 abr. 2006.

_____. *A organização e controle social das Agências Reguladoras. Crítica aos Anteprojetos de Lei*. Porto Alegre: ABAR, 2004.

_____. A legitimação democrática das agências reguladoras. *Revista De Direito Público da Economia - RDPE*, ano 2, n. 6, abr.-jun. 2004.

BAGATIN, Andréia Cristina. O problema da captura do regulador e o seu controle pelo Poder Judiciário. *RDPE*, nº 11, jul.-set. 2005.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, nº 240, abr.-jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003.

CABRAL, Antonio. Os Efeitos Processuais da Audiência Pública. *Revista de Direito do Estado*, nº 2, abr./jun. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da captura do Regulador de serviços Públicos. In: MARSHALL, Carla C., SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação Social da Elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte. In DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*.

GALLIGAN, Denis. *Due Process and Fair Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

GORDILLO, Agustín. Participación Administrativa. *Revista de Direito Público*, nº 74,

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

_____. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um *Déficit* Democrático na “Regulação Independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MANETTI, Michela. *Poteri Neutrali e Costituzione*. Milão: Giuffrè e Departamento de Teoria do Estado da Universidade de Roma, 1994. *Apud* ARAGÃO, Alexandre

Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, Egon Bockman. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Consideraciones sobre la Participación en el Derecho Comparado Brasil-España. *Revista da Administración Pública*, vol. 152, mai./ago., 2000.

_____. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Sergio André R. G. da Silva. A Legitimidade das Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 235, jan./mar. 2004.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Audiência Pública e Regulação. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano I, n. 4, out./dez., 2003.

_____. Agências Reguladoras. In: ROSADO, Marilda (org.). *Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Porque as sociedades precisam de dissenso. Tradução Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 4, n. 13, jan./mar. 2006.